Beiträge

zur

Lehre von der Haftung der Behörden und Beamten der Aktiengesellschaften.

Ein Rechtsgutachten

von

Prof. Dr. Ferdinand Regelsberger.

Gießen.
Verlag von Emil Roth.
1872.

Beiträge

zur

Lehre von der Haftung der Behörden und Beamten
der Aktiengesellschaften.

Ein Rechtsgutachten

von

Prof. Dr. Ferdinand Regelsberger.

Gießen.
Verlag von Emil Roth.
[illegible]

Beiträge

zur

Lehre von der Haftung der Behörden und Beamten der Aktiengesellschaften.

Ein Rechtsgutachten

von

Prof. Dr. Ferdinand Regelsberger.

Gießen.
Verlag von Emil Roth.
1872.

Inhaltsverzeichniß.

Vorwort.

Wenn in Folge eines plötzlich hereingebrochenen, in seiner unmittelbaren Erscheinung wie in seinen Wirkungen gleich erschütternden Ereignisses die Gemüther heftig erregt und unter dem Eindruck erlittener Kränkung alle andern Gedanken der Betroffenen von dem natürlichen Verlangen nach Sühne und Ausgleichung beherrscht sind, so ist es eine erhabene wenn auch nicht immer dankbare Aufgabe für den Rechtskundigen vom Fach, beschwichtigend zwischen die Parteien zu treten und an Stelle der Leidenschaft einer ruhigen und gerechten Abwägung von Schuld und Nichtschuld Raum zu verschaffen. Denn das unterscheidet den wissenschaftlichen Juristen vom Routinier, daß er unabhängig von den schwankenden Tagesmeinungen die Thatsachen an dem Allen gleichen Richtmaß des Gesetzes prüft und ohne Ansehen der Person Niemandem zu Lieb und Niemandem zu Leid sein Urtheil spricht.

In dieser Erwägung habe ich gern dem Ansuchen entsprochen, in der außen bezeichneten Rechtssache meine gutachtliche Meinung abzugeben. Ich glaubte eine Berechtigung dazu vornämlich in dem Umstande finden zu dürfen, daß ich, obwohl allen Betheiligten gleich fern stehend, doch mit den lokalen Verhältnissen vertraut genug bin, um trotz der unvermeidlichen Unzulänglichkeit des schriftlichen Materials ein ziemlich vollkommnes Bild zu gewinnen.

Die nachstehenden Erörterungen waren in den Grundzügen bereits entworfen, als mir das in derselben Sache erstattete Gutachten der Herren Prof. Dr. Munzinger und Fürsprech Bützberger in Bern zu Gesicht kam. Ich freue mich, daß unsere Ansichten in nicht wenigen Punkten zusammentreffen. Wo ich einer Meinungsverschiedenheit begegnete, war mir die Ausführung im Berner Gutachten Veranlassung zur erneuten eingehenden Prüfung der Sache. Daß ich trotzdem vielfach an meiner ursprünglichen Auffassung festgehalten habe, ist das Ergebniß der allseitigsten Erwägung und bestimmter wissenschaftlicher Ueberzeugung. Vielleicht bin ich in der Widerlegung hie und da zu schroff vorgegangen; dann ist es im Gefühl des Ernstes meiner Aufgabe geschehen. Auf keinen Fall möge man daraus einen nachtheiligen Schluß auf meine Anschauung von der Unpartheilichkeit und der wohlwollenden Gesinnung ziehen, wovon das Berner Gutachten redendes Zeugniß gibt. Zu einer gerechten Würdigung desselben darf ich nicht verschweigen, daß ich insofern mich in einer günstigeren Lage befand, als mir neben den Materialien, auf welche die Verfasser des Berner Gutachtens sich stützen konnten, eine Anzahl handschriftlicher Mittheilungen von zwar betheiligten aber durchaus wahrheitsliebenden und mit Recht hochgeachteten Männern vorlagen, sowie die gedruckte Abwehr, welche die Direktion von Leu und Comp.

mit Begleitschreiben vom 13./27. Oktober d. J. an die von der Aktionärversammlung bestellte Untersuchungskommission übermittelte. Wenn irgendwo, so dünkt mir gegenüber dem am 17. Mai d. J. an diese Kommission erstatteten Bericht das audiatur et altera pars geboten.

Der vorangeschickte kurze Sachverhalt ist für denjenigen Leserkreis berechnet, welcher mit den thatsächlichen Verhältnissen nicht oder unvollkommen bekannt ist. Andere mögen die nächstfolgenden Seiten überschlagen.

Meine Worte richten sich allerdings in erster Linie und ganz vornämlich an die zunächst Betheiligten, die Aktionäre. Auf sie trifft zu, was ich Eingangs sagte. Durch einen langjährigen soliden Gang des Geschäfts, der fern von gewagten Spekulationen langsam aber stetig zu einem höheren Ertrag führte, war in ihnen ein Gefühl der Sicherheit erweckt worden, wie es in gleichem Grade wenige Geldanlagen zu erzeugen vermögen. Es ist begreiflich und entschuldbar, wenn auf die Nachricht von dem heftigen Stoß die Stimmung in das Gegentheil umschlug und ein Unwille gegen alle diejenigen Platz griff, welche an diesem Ereigniß möglicherweise Schuld tragen können. Aber die Leidenschaft und das Gefühl der erfahrenen Schädigung dürfen nicht das Wort führen, wenn erwogen wird, ob ein Schuldiger vorhanden und wer es ist. Schlimmer als der Verlust, der jetzt den Einzelnen getroffen hat, wäre das Bewußtsein, gegen Recht und Billigkeit Männer vielleicht bis zum ökonomischen Ruin geschädigt zu haben, welche — das wird Niemand längnen — in der redlichsten Absicht zum Theil schon seit langen Jahren der Anstalt ihre Kräfte gewidmet und wesentlich dazu beigetragen haben, wenn dieselbe bisher dem Kanton und den Einzelnen reichen Nutzen gebracht hat.

Eine im Publikum viel verbreitete Ansicht erblickt in den Mitgliedern des Vorstandes einer Aktiengesellschaft nicht blos für eigene Schuld verantwortliche Geschäftsführer, sondern Bürgen, welche für jeden Schaden aus eigenen Mitteln aufzukommen haben. Es ist leider in der Regel erst die harte Lehrmeisterin Erfahrung, welche über solche Irrthümer Aufklärung bringt. Nicht blos Schwindelunternehmungen haben ihr gut Theil Gefahr für jeden Betheiligten, und man darf nicht unbillig werden, wenn sich diese Gefahr einmal in ihrer Wirklichkeit einstellt.

Ich bin vollkommen einverstanden, daß die Entscheidung des vorliegenden Falls eine über denselben hinausgehende Bedeutung haben wird. Aber es hat m. E. die Besorgniß, daß ein für die Verwaltungsorgane von Leu und Comp. günstiger Ausgang die Energie der Leiter von Aktiengesellschaften abschwächen würde, weniger Grund als die andere, daß die Behaftung derselben manche taugliche Kraft abzuschrecken vermöchte, den gefährlichen Posten eines Verwaltungsmitglieds zu übernehmen. Mögen diejenigen, in deren Hand das Schicksal der Sache zunächst gelegt ist, zusehen, daß über dem Einzelnen das Ganze nicht leide.

Gießen, am Jahresschluß 1871.

F. Regelsberger.

Erste Abtheilung.

Sachverhalt.

§ 1.

Seit Neujahr 1855 besteht in Zürich eine Aktiengesellschaft Leu und Comp., welche laut Satuten den Zweck verfolgt:

„jederzeit, soweit ihre Geldmittel reichen, auf solide Unterpfande und zwar vorzugsweise auf Liegenschaften im Kanton Zürich oder auf Schuldbriefe, worin solche verschrieben sind, für längere Zeit zu billigem Zinsfuße Kapitalien auszuleihen und gute Schuldbriefe anzukaufen."

Es ist mithin eine kantonale Hypothekarkasse, und zwar eine Privatanstalt, obwohl der Staat zu deren Entstehung wesentlich mitgewirkt hat und bei ihr bis zum Jahre 1869 finanziell betheiligt blieb.*)

Als Behörden der Gesellschaft benennen die im Jahre 1859 revidirten Statuten: Die Generalversammlung der Aktionäre, die Vorsteherschaft, die Direktion.

Der Letzteren liegt im Wesentlichen die Geschäftsleitung ob. Doch steht ihr als Angestellter der Gesellschaft ein Verwalter mit dem erforderlichen Hilfspersonal zur Seite.

Die Direktion gliederte sich von Anfang an in drei Kommissionen, je aus zwei Mitgliedern bestehend: in eine Büreau-, eine Anlehens- und eine Finanzkommission.

Die Büreaukommission, welche im Jahr 1858 aufgelöst wurde, kann hier füglich übergangen werden.

Der Anlehenskommission kommt die Behandlung der Gesuche von Darlehen auf Grundeigenthum und Faustpfand, sowie der Ankäufe von Schuldbriefen zu. Ursprünglich hatte dieselbe nur die Aufgabe der Begutachtung zu Handen der darüber entscheidenden Direktion; später (Oktober 1861) wurde ihr die Beschlußfassung übertragen.

Der Wirkungskreis der Finanzkommission erstreckt sich auf die Feststellung des Zinsfußes bei den Ausleihungen, auf die Beschaffung der erforderlichen Gelder und auf die

*) Wer sich genauer über die Geschichte dieser Anstalt unterrichten will, findet eine ausführliche Darstellung in dem gedruckten Bericht der Zürcherischen Finanzdirektion an den Regierungsrath betreffend die Bankfrage, erstattet von dem damaligen Direktor der Finanzen Felix Wild. Zürich 1868. S. 97—108

einstweilige nutzbringende Anlegung vorhandener Baarschaft bis zu deren statutengemäßen Verwendung, endlich auf die Anordnung und Ueberwachung der Buchführung. Auch bei dieser Kommissiou verwandelte sich die in wichtigern Sachen auf bloße Antragstellung beschränkte Befugniß im Lauf der Zeit in ein Recht der Entscheidung mit Anzeigepflicht an die Gesammtdirektion.

Die Letztere behandelte alle Geschäfte, welche nicht einer Kommission zugewiesen waren und übte über die Thätigkeit der Kommissionen die Aufsicht. Jedem Mitglied der Direktion stand das Recht des Antrags zu über alle in den Geschäftskreis einer Kommission fallenden Angelegenheiten. Zur Lösung ihrer Aufgabe versammelte sich die Gesammtdirektion in der ersten Zeit wöchentlich. Als später die Zuständigkeit der Kommissionen erweitert wurde, verminderte sich die Zahl der Sitzungen. Dagegen wurde und zwar gleichzeitig mit dem Beschluß, in's Künftige monatlich nur einmal zusammenzutreten (Oktober 1861), die Anordnung getroffen, daß in tabellarisch verfaßten Monatsübersichten der gesammte Kapital- und Korrentverkehr, alle durch die Finanzkommission abgeschlossenen zeitweisen Geldanlagen und die Monatsbilanz zur Kenntniß der Gesammtdirektion gebracht werden sollen. Ein Rodel über sämmtliche Schuldbriefdarlehensabschlüsse war von Anfang üblich.

§ 2.

Von jeher wurden in der Geschäftsleitung von Leu und Comp. die zwei Grundsätze festgehalten, daß allen soliden Darlehensbegehren sofort und nicht erst an bestimmten Terminen (Mai oder Martini) entsprochen werden soll, und daß Darlehen jeden Tag ohne Kündigung ganz oder theilweise zurückbezahlt werden können. Diese Maximen, so sehr sie den Interessen der kapitalbedürftigen und der schuldenden Grundbesitzer entgegenkamen, hatten für die Verwaltung die Schwierigkeit im Gefolge, daß bald Geldmangel bald Geldüberfluß eintrat. Aus naheliegenden Gründen eines rationellen Geschäftsbetriebs mußten die eingehenden Gelder, bis Gelegenheit zur ordentlichen Verwendung kam, in nutzbringender Weise jedoch so angelegt werden, daß sie der Verwaltung jederzeit augenblicklich zu Verfügung standen. Dieß geschah in den ersten Jahren theils durch Ankauf von skontirbaren Platzwechseln theils durch Anlage bei solid erachteten inländischen Kaufleuten mit oder ohne Deckung. Zu diesem Behuf wurde eine Kreditliste angefertigt. Ein Direktionsbeschluß vom 7. März 1860 setzte das „flottante verfügbare Kapital, welches auf merkantilische Weise so angelegt ist, daß es innerhalb drei Monaten oder auf die nächste Mai- und Martiniepoche disponibel gemacht werden kann", auf beiläufig zwei Millionen fest, uneingerechnet die versprochenen Zahlungen. Das Aktienkapital betrug damals Franken 10,000,000.

§ 3.

Während das Geschäft von Leu und Comp. sich in den Jahren 1855—1859 in ziemlich gleichen Verhältnissen bewegte, trat in dem Jahr 1860 ein Rückgang in dem Bestand

des Schuldbriefkapitals und ein Mangel an Verwendung für direkte Beleihung ein. Allein bald griff eine gegentheilige Bewegung Platz, die Darlehensgesuche häuften sich, so daß in den 15 Monaten vom 1. November 1861 bis 31. Januar 1863 für Frkn. 8,310,000 Darlehen ausbezahlt wurden, während nur Fr. 2,525,000 durch Abzahlungen eingingen. Diesen außerordentlichen Anforderungen gegenüber reichten die ordentlichen Einnahmsquellen, Aktienkapital und Obligationenausgabe nicht aus. Wollte man dem Bedürfnisse Abhilfe gewähren und doch die Verlegenheit auf dem einheimischen Platze nicht vermehren, so mußte auf die Geldbeschaffung von auswärts Bedacht genommen werden. Aber Leu und Comp. waren im Ausland nicht bekannt.

Hier war es nun, wo nach dem Bericht der Direktion vom 30. März 1871 Herr Escher-Bodmer, damals erstes Mitglied der Finanzkommission, ins Mittel trat und durch seinen Kredit auf den andern Schweizerplätzen und im Ausland gegen Wechsel die nöthigen Gelder in die Kasse von Leu und Comp. schaffte.

In den nächstfolgenden Jahren wurde die Nachfrage nach Darlehen auf Grundversicherung immer zahlreicher, und obwohl mittlerweile (8. April 1863) eine Vermehrung des Aktienkapitals von der Generalversammlung beschlossen war, obwohl man ferner zu dem Hilfsmitel gegriffen hatte, Wechselobligbi auf 1—12 Monate, anfänglich zu 4 %, auszugeben, so sah man sich gleichwohl um Martini 1863 einer ähnlichen Verlegenheit wie früher gegenüber. Bei der steigenden Geldnoth und bei der Unmöglichkeit, die nöthige Baarschaft im Inland zu erhalten, war man von Neuem genöthigt, den erforderlichen Baarbedarf von 1½ Millionen Franken aus dem Ausland zu beziehen.

Auch dieses Geschäft wurde durch Hr. Escher-Bodmer vermittelt. Derselbe erhielt zu diesem Behuf von der Verwaltung der Anstalt Eigenwechsel an die Ordre Escher-Bodmer ausgehändigt, gegen welche er die fehlende Baarschaft aus Paris rechtzeitig beschaffte.

Da die Abwicklung der hiedurch eingegangenen Verbindlichkeiten durch die gleiche Vermittlung erfolgte, so erhielt die Verwaltung von der Finanzkommission die Weisung, vom 16. November 1863 ab alle verfügbaren Gelder an Hrn. Escher-Bodmer zur Deckung der verfallenden Verpflichtungen abzuliefern.

Auf diesem Wege entstand ein Kontokorrent zwischen Leu und Comp. und Hrn. Escher-Bodmer, welcher sich jedoch auf den angegebenen durch seinen Zweck bestimmt abgegrenzten Verkehr beschränkte und mit vollständiger Lösung der auf die auswärtige Baarbeschaffung erwachsenen Verbindlichkeiten im Laufe des Jahres 1864 seine Erledigung fand.

§ 4.

In die unmittelbar darauf folgende Zeit fällt die Entstehung einer Geschäftsübung, welche später der Anstalt sehr verhängnißvoll werden sollte. Sie bestand darin, daß Herr Escher-Bodmer, der damals und bis zu seinem Tode die Stelle eines ersten Mitglieds der Finanzkommission bekleidete, alle in der Anstaltskasse vorräthige Baarschaft von der

Verwaltung ausgehändigt erhielt, um sie vermöge seiner zahlreichen Verbindungen für Rechnung von Leu und Comp. in Wechseln auf das In- und Ausland und in Hinterlagsgeschäften zinstragend anzulegen.

Für diese Geschäfte wurde dem Hrn. Escher-Bodmer neuerdings ein Kontokorrent auf den Büchern von Leu und Comp. eröffnet, der sich aber von dem früheren dadurch unterschied, daß er nicht Deckung eingegangener Verbindlichkeiten sondern die vorübergehende nutzbringende Anlegung von Baarvorräthen zum Gegenstand hatte.

Dieses Verhältniß dauerte bis zum Lebensende des Hrn. Escher, und aus ihm entspringen zum größten Theil die Verluste, welche die Gesellschaft in Folge der Ueberschuldung seines Nachlasses erleidet.

Die beschriebene Geschäftsübung wurde laut der Protokollauszüge förmlich zur Kenntniß der Direktion gebracht und von derselben wiederholt gutgeheißen (zuerst am 18. Oktober 1865, dann 12. Februar 1868. Man vergl. auch den Rechenschaftsbericht für das Jahr 1866, Seite 4).

Die Versicherung des Hrn. Escher, daß über die ihm zur Anlegung übergebenen Summen zu jeder beliebigen Zeit in größerem und kleinerem Betrag je nach Bedarf leicht und sicher verfügt werden könne (Protokollnotiz vom 10. Februar 1869) wurde nach Aussage der Verwaltung während des mehr als fünfjährigen Verkehrs immer auf das Pünktlichste erfüllt, so groß auch oft die Baarbedürfnisse und so kurz die für deren Flüssigmachung gesteckten Termine waren.

Weniger genau ist dagegen Hr. Escher dem andern Versprechen nachgekommen, für sämmtliche von ihm auf Rechnung von Leu und Comp. besorgte Anlagen gesonderte Rechnung zu führen und die Deckungen in einem von seinen übrigen Geschäften getrennt gehaltenen Portefeuille zu bewahren. Zwar hat die in der ersten Zeit gepflogene Kontrole das Vorhandensein eines solchen Portefeuille bestätigt. Dagegen fand sich nach dem Tode des Hrn. Escher weder eine besondere Buchführung über die für die Anstalt besorgten Geschäfte noch das Portefeuille für die derselben erworbenen Werthschriften vor.

Die Summen, welche auf dem gezeichneten Wege aus der Gesellschaftskasse in die Hände des Hrn. Escher gelangten, waren in den einzelnen Jahren verschieden, aber immer bedeutend. Von etwa 3 Millionen Franken im Jahr 1865 stiegen sie auf 11 Millionen im Jahr 1867, und obwohl sie von da an ständig sanken, so betrugen sie doch im Jahr 1870 noch nahezu 5 Millionen. Erst die letzten fünf und ein halb Monate der Geschäftsverbindung weisen eine erhebliche Minderung aus. Diese Schwankungen standen mit der Bewegung der Kasse von Leu und Comp. im natürlichen Zusammenhang. Denn auch die Rückzahlungen des Hrn. Escher bemaßen sich ausschließlich nach den Bedürfnissen der Anstalt. Das Verhältniß zwischen Leu und Comp. und Hrn. Escher-Bodmer war daher seinem Grunde nach von dem gewöhnlichen Verkehr bei laufender Rechnung wesentlich verschieden.

§ 5.

Dem Kontokorrentverkehr ging zeitweise ein anderes Verhältniß zwischen Leu und Comp. und Hrn. Escher zur Seite, welches daraus entsprang, daß zur Unterstützung der Baargeldbeschaffung aus dem Ausland dem Hrn. Escher von der Verwaltung Eigenwechsel der Anstalt an die Ordre Escher-Bodmer in ziemlich bedeutenden Beträgen verabfolgt wurden. Diese Wechsel wurden der Weisung des Herrn Escher gemäß nicht gebucht. Derselbe erklärte, sie hätten den Büchern fern zu bleiben, weil er persönlich für deren Deckung sorgen werde. Wirklich wurden die vom 15. Oktober 1865 im Betrag von mehr als 1½ Millionen Franken erhobenen Eigenwechsel pünktlich an den betreffenden Verfalltagen durch Herrn Escher eingelöst. Dasselbe war der Fall bei einer weiteren Ausfolge im April 1868 für 1 Million Franken. Dagegen lief eine neue Ausstellung von Eigenwechseln, welche im August 1870 bis Oktober 1870 im Betrage von Frk. 1,216,000 stattfand, weniger glücklich für Leu und Comp. ab. Denn diese Emission hat Herr Escher-Bodmer nicht mehr vollständig liquidirt. Vielmehr ließ er sich, um theilweise die Mittel zur Einlösung dieser Wechsel zu gewinnen, in den Monaten Januar und Februar 1871 von der Verwaltung neue Wechsel im Betrag von Frk. 927,000 aushändigen, welche bei seinem Tode noch in Umlauf waren und nunmehr von Leu und Comp. eingelöst werden mußten. Um diese Summe erhöht sich das laut den Büchern bestehende Guthaben der Gesellschaft an die Masse von Escher-Bodmer.

§ 6.

Am 15. März 1871 durchlief die Stadt Zürich die Kunde, Herr Escher-Bodmer habe seinem Leben gewaltsam ein Ziel gesetzt. Das Gerücht, daß die mißliche ökonomische Lage hier wie so oft die Hand zur That geführt habe, sollte sich, so unglaublich es zuerst bei der bisdahin allgemein getheilten Ansicht von den Vermögensverhältnissen des Herrn Escher schien, nur in zu vollem Umfang bestätigen. Der Abschluß der Bücher wies eine ganz bedeutende Ueberschuldung aus.

Unter den Gläubigern erscheinen Leu und Comp. mit einer doppelten Forderung:

1. mit Frk. 2,547,937. 86 Rp. Guthaben aus dem Kontokorrent;
2. mit Frk. 927,200 aus den Eigenwechseln;
   im Gesammtbetrag mithin von Frk. 3,475,137. 86 Rp.

Auch könnte mit rechtlichem Erfolg noch

3. die Einbuße aus der Entwerthung der im Besitz von Leu und Comp. befindlichen eigenen Aktien geltend gemacht werden.

Zur Erläuterung dessen noch folgende Bemerkung.

Im Sommer 1869 faßte die Finanzverwaltung des Kts. Zürich den Beschluß, die im Eigenthum dieses Staats befindlichen 4000 Stück Aktien auf Leu und Comp. zur Veräußerung zu bringen. Da der plötzliche Verkauf einer so großen Zahl von Aktien noth-

wendig den Kurs derselben herabdrücken mußte und den Aktionären wie der Anstalt Nachtheil drohte, so entschloß sich die Direktion von Leu und Comp., die Aktien, falls sie zu billigen Bedingungen erhältlich wären, für die Anstalt zu erwerben, in der Absicht, sie allmälig wieder zu veräußern. Auf ein deßfallsiges Angebot des Herrn Escher-Bodmer an den Finanzdirektor Herrn Ziegler kam der Kauf rasch zu Stande. Die Staatsverwaltung trat die 4000 Aktien zum Preise von Frk. 555 für das Stück ab. Dabei kam der Käuferin noch die Hälfte des am 31. Oktober fälligen Koupons zu gute, so daß sich der Erwerbspreis in Wirklichkeit auf Frk. 550 stellte. Der Kurs der Aktien stand damals auf Frk. 570, und da eine Steigerung des Jahreserträgnisses der Aktien von 5 % auf $5^{1}/_{5}$ % und noch höher für die nächsten Jahre angenommen werden durfte, so war begründete Aussicht, durch dieses Geschäft nicht nur die Anstalt und die Aktionäre vor Schaden zu bewahren, sondern auch einen immerhin ansehnlichen Gewinn zu erzielen.

Es ist anders gekommen. In Folge des Escher-Bodmer'schen Konkurses und des für Leu und Comp. daraus drohenden Verlustes sanken die Aktien sehr erheblich und haben bis heute den früheren Stand nicht wieder erreicht.

Zweite Abtheilung.

Rechtliche Beurtheilung.

§ 8.

Wenn ich den mir gewordenen Auftrag richtig verstehe, so soll ich mein Gutachten nur über die Frage abgeben:

> ob und in welchem Umfang die Behörden und Beamten der Aktiengesellschaft Leu und Comp. für den der Letztern aus der Zahlungsunfähigkeit von Escher-Bodmer entstehenden Schaden haftbar gemacht werden können?

Diese Frage stimmt im Wesentlichen mit derjenigen überein, welche den Verfassern des Berner Gutachtens vorgelegt war. Es findet sich nur dort der Schaden noch bestimmter begrenzt auf den „durch die Ueberlassung ungewöhnlich großer Summen an Herrn Escher-Bodmer erwachsenen". Von diesem Standpunkt aber vermag ich nicht einzusehen, wie man zu einer Untersuchung der Frage kommt, ob die Vorsteher von Leu und Comp. sich einer Verletzung des § 8 der Statuten schuldig gemacht haben, wonach Gelder für vorübergehende Bedürfnisse auf kürzere Termine nur bis zum Belauf von 10 % des

Aktienkapitals entlehnt werden sollen. Was hat denn die Entleihung mit der Ueberlassung übergroßer Summen an Herrn Escher-Bodmer zu thun, was die Kreditoren auf Wechsel und Kontokorrent mit dem Schuldner aus Wechsel und Kontokorrent? Eine solche Erörterung ist am Platze, wenn das Gebahren der Vorsteherschaft seit der Entstehung des Vereins einer allgemeinen Kritik unterzogen werden soll. Aber zur Aufhellung der Frage, welche jetzt Aktionäre, Vorsteher und Beamte von Leu und Comp. bewegt und die, sei es in der Generalversammlung der Aktionäre oder vor den Gerichten zum Austrag gebracht werden soll, dazu trägt sie nichts bei. Im Gegentheil, sie ist nur geeignet, die Diskussion vom richtigen Boden abzulenken und die Gewinnung eines festen juristischen Urtheils über die allein maßgebenden Punkte zu erschweren.

Wenn ich daher die Ausführung des Berner Gutachtens zu Ziff. 2 auf S. 8 fg. mit Stillschweigen übergehe, so möge man daraus nicht auf meine Zustimmung schließen. Ebenso werde ich die Frage über die Verletzung des § 1 der Statuten nur insoweit einer Prüfung unterstellen, als sie mit dem Ersatzanspruch wegen des Verlusts bei Escher-Bodmer in rechtlichem Zusammenhang steht. Ich zweifle zwar nicht, daß die Direktoren und Vorsteher von dem ihnen gemachten Vorwurf der Statutenverletzung nicht minder empfindlich getroffen wurden als von der Behauptung ihrer Ersatzverbindlichkeit. Allein da meine Aufgabe nicht auf eine Ehrenrettung gerichtet ist sondern auf Würdigung der rechtlichen Beschaffenheit der Ersatzansprüche, so muß ich die Vertheidigung gegen jene Beschuldigung den Betheiligten überlassen.

Die Untersuchung eines jeden Rechtsanspruchs hat sich über folgende drei Fragen zu erstrecken:

I. Wem steht er zu? m. a. W., wer kann klagen?

II. Gegen wen steht er zu? oder gegen wen kann geklagt werden?

III. Ist er im vorliegenden Fall nach den gegebenen thatsächlichen Verhältnissen im Zusammenhalt mit den einschlagenden Rechtsvorschriften begründet?

Diese drei Fragen sind auch bestimmend für die Anordnung der nachfolgenden Erörterung.

I. Von der Person des Ersatz-Berechtigten.

§ 9.

Die Ersatzklage wegen Schädigung einer Aktiengesellschaft durch das Verfahren ihrer Vorsteher oder Beamten kann denkbarer Weise nur von folgenden Personen ausgehen:

1) von den Gläubigern der Gesellschaft;

2) von den einzelnen Aktionären oder von einer willkürlichen Vereinigung solcher;

3) von dem Aktienverein auf Grund eines statutengemäßen Beschlusses der Generalversammlung.

Bei Prüfung der Frage, ob diese Personen sämmtlich klagberechtigt sind oder welche von ihnen, ist von dem Satze auszugehen, daß jeder Schadenersatzanspruch zwei Voraussetzungen hat: einen Vermögensschaden und einen Rechtsgrund, kraft dessen der Belangte, es sei der Schädiger oder ein Dritter, zum Ersatz verpflichtet ist.

Gesetzliche Gründe der Ersatzpflicht sind:

a. ein besonderer hierauf gerichteter Vertrag (ein Versicherungs- ein Garantievertrag);

b. eine besondere Rechtsvorschrift, welche Jemandem ohne Rücksicht auf Verschuldung die Tragung eines Schadens überbindet;

c. Herbeiführung des Schadens durch eine unerlaubte Handlung (Zürcher privatr. Ges.Buch §§ 1827—1863);

d. schuldhafte Verletzung der aus einem besonderen Verpflichtungsverhältniß fließenden Obliegenheit.

Messen wir an diesen Erfordernissen die Klagberechtigung im vorliegenden Fall, so ergibt sich:

Zu 1) Die Gläubiger sind nicht geschädigt, da das Gesellschaftsvermögen trotz der eingetretenen Verluste zur Ablösung der vorhandenen Verbindlichkeiten mehr als hinreichend ist. Es kann daher die Frage auf sich beruhen, ob den Gläubigern der Gesellschaft von Rechtswegen ein Ersatzanspruch der beregten Art zukommt oder nicht.

Dagegen ist

Zu 2) Das Dasein eines Schadens für den einzelnen Aktionär nicht zu bezweifeln. Denn wenn sich auch der Verlust von Leu und Comp. im Escher'schen Konkurse zur Zeit mit Bestimmtheit noch nicht übersehen läßt, so ist doch jetzt schon gewiß, daß dadurch das Jahreserträgniß der Aktien und damit deren Werth in dauernder Weise geschmälert ist.

Wie verhält es sich aber mit dem Rechtsgrund des Ersatzanspruchs der einzelnen Aktionäre?

Zu a. Die Vorsteher einer Aktiengesellschaft sowie deren Beamten pflegen weder der Gesellschaft selbst noch den einzelnen Aktionären gegenüber ein Versprechen dahin gehend abzulegen, daß sie den während ihrer Verwaltung entstehenden Schaden vergüten werden. Es ist dieß auch bei Leu und Comp. nie geschehen.

Zu b. Einen Rechtssatz von dem besagten Inhalt kennt weder das gemeine Recht noch — was hier entscheidend ist — das Zürcher privatrechtliche Gesetzbuch, weder zu Gunsten des Vereins noch der einzelnen Aktionäre.

Zu c. Ebensowenig kann das Verhalten der Vorsteher oder des Verwalters unter den Gesichtspunkt einer unerlaubten Handlung gebracht werden, an welche unabhängig von einem vorher bestehenden obligatorischen Verhältniß des Verletzers zum Verletzten durch das Gesetz eine Verantwortlichkeit geknüpft ist.

Die Handlungsweise, auf welche die Behaftung gestützt werden kann, ist keine straf-

bare (pr. G. B. §§ 1827—1831), sie beruht nicht auf unredlicher Absicht (§§ 1832 und 1833), und hat weder die einzelnen Aktionäre noch den Verein an einer bestimmten Sache in körperlicher Weise geschädigt (§§ 1834—1851). Endlich gehören die Vorsteher und Verwalter einer Aktiengesellschaft nicht zu den Beamten, auf welche die Vorschriften der §§ 1852 —1859 Anwendung finden.

Somit bleibt nur noch zu untersuchen

Zu d. ob die eben genannten Personen zu den einzelnen Aktionären in einem Rechtsverhältnisse stehen, welches ihnen bestimmte Verpflichtungen und bei deren schuldhaften Verletzung die Verbindlichkeit zum Schadenersatz auferlegt.

Diese Frage ist des Bestimmtesten zu verneinen.

Der Aktienverein ist wesentlich verschieden von der Summe der einzelnen Aktionäre. Er bildet eine rechtlich selbstständige Persönlichkeit mit eignem Vermögen. Die Aktionäre stehen zu ihm in einem doppelten Verhältniß: als Gläubiger, wobei Jeder ein Sonderrecht verfolgt, und als Mitglieder der Generalversammlung, welche das oberste Willensorgan des Vereins ist und durch Mehrheitsbeschlüsse die ihr zukommenden Verrichtungen ausübt (pr. G.B. §§ 22—24, 29 fg., 44, 1342).

Ueber die rechtliche Stellung der Vorsteher und Beamten zum Aktienverein kann man verschiedener Ansicht sein — es wird sich unten Veranlassung ergeben auf diesen Punkt einzutreten. Aber das ist wohl nie bezweifelt worden, daß dieselben nicht Beauftragte oder Beamte der einzelnen Aktionäre sind sondern des Vereins. Sie führen die Geschäfte des Vereins, nicht die der einzelnen Aktionäre. Daß den Letztern eine gute Geschäftsführung Nutzen bringt und eine schlechte schadet, ändert hieran nichts. Denn dieser Erfolg wird durch zwei selbstständige Rechtsverhältnisse vermittelt, wovon das eine zwischen dem Verein und seinen Beamten, das andere zwischen dem Verein und den Aktionären besteht. So werden auch die Gläubiger einer einzelnen Person durch das Verfahren des Vermögensverwalters ihres Schuldners in ihren Interessen berührt, ohne daß sie mit dem Verwalter durch ein rechtliches Band verknüpft wären.

Besteht sonach auch ein besonderes Verpflichtungsverhältniß zwischen den Beamten der Gesellschaft und den einzelnen Aktionären nicht, so fehlt dem Ersatzanspruch der Letzteren der erforderliche Rechtsgrund.

Was aber von den Einzelnen gesagt ist, das gilt von jeder Vereinigung von Aktionären, welche sich außerhalb der statutenmäßigen Generalversammlung bildet. Denn die Summe selbst von zahllosen Null ist Null.

§. 10.

Die vorstehende Erörterung liefert neben dem negativen Ergebniß das positive Resultat, daß der am Klagerecht der Aktionäre vermißte Rechtsgrund dem Ersatzanspruch des Aktienvereins nicht mangelt. Die Vorsteher und Beamten stehen zu dem Verein in einem

besondern Verpflichtungsverhältniß, woraus eine Haftpflicht für den Fall der Verletzung der deßfallsigen Obliegenheiten entspringt. Welchen rechtlichen Charakter dasselbe an sich trägt, wird nachher genauer untersucht werden. Eine Klagberechtigung des Vereins gegen die fehlenden Vorsteher und Beamten steht sonach außer Zweifel.

Sollte hieraus nicht für die Klage des einzelnen Aktionärs eine Stütze zu entlehnen sein? Man kann sagen, der klagende Aktionär verfolge nicht ein eignes Recht, sondern das Recht des Vereins, wenn gleich zu eignem Vortheil; er handle, um einen dem Juristen geläufigen Ausdruck zu gebrauchen, als procurator in rem suam.

Diese Rechtfertigung der Aktionärklage scheitert aber an mehr als einer Erwägung.

Vor Allem: woher entnimmt der einzelne Aktionär ohne Cession ohne Vollmacht die Befugniß ein Recht des Vereins auszuüben. Das Vermögen des Vereins ist nicht sein Vermögen, auch nicht theilweise, und seine Gläubigereigenschaft liefert ihm die Legitimation nicht; denn es gibt keinen Rechtssatz, welcher den Gläubiger ermächtigt, die Ausstände seines Schuldners beizutreiben.

Davon auch abgesehen, so wäre die Klage nur denkbar entweder bevor der Verein sich über die Geltendmachung seines Rechts schlüssig gemacht, oder nachdem er dieselbe durch Mehrheitsbeschluß abgelehnt hat. Denn ist der Verein selbst schon klagbar geworden, so kann aus seinem Recht nicht mehr ein Anderer vor Gericht auftreten, mag der erhobene Prozeß bereits beendigt oder noch im Laufe sein, und mag im ersteren Fall das Urtheil für oder wider den Verein lauten.

Unterstellen wir nun, daß eine Willensäußerung des Vereins über den fraglichen Punkt noch nicht vorliegt, so darf der Einzelne dem Beschluß der Gesammtheit nicht vorgreifen. Es ist nichts weniger als gleichgültig, ob eine bestimmte Summe unmittelbar in die Taschen der Aktionäre fließt oder in die Kasse des Vereins kommt und dessen Betriebskapital vermehrt.

Hat dagegen die Generalversammlung sich gegen die Geltendmachung des Ersatzanspruchs ausgesprochen, so kann denselben Niemand im Namen der Gesellschaft erheben; ihr ausdrücklicher Wille steht entgegen. Die Gesellschaft muß gegen jeden das Gegentheil anstrebenden Versuch geschützt werden; denn es kann in ihrem wohlverstandenen Interesse liegen, daß von der rechtlichen Möglichkeit, den Vorstand wegen einer Einbuße zu belangen, kein und nicht einmal ein theilweiser Gebrauch gemacht werde, da ein solches Vorgehen leicht tüchtige Kräfte abschrecken kann, eine Wahl in den Vorstand anzunehmen oder einen Sitz in demselben beizubehalten.

Es folgt: so lange Klagen nicht nach Laune und unklaren Gefühlen sondern nach festen Rechtsgrundsätzen beurtheilt werden, so lange wird man der Ersatzklage gegen die Vorsteher, welche von einem oder einzelnen Aktionären und nicht im Namen der Aktiengesellschaft auf Grund eines von der Generalversammlung ordnungsmäßig gefaßten Beschlusses erhoben wird, die Gerichtsthüre verschließen müssen.

§ 11.

Mit der im Vorausgehenden entwickelten Rechtsansicht stimmen von den gemeinrechtlichen Schriftstellern:

Renaud im Recht der Aktiengesellschaft S. 542 fg. und in Goldschmidt's Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht Bd. XII. Abh. 1.

Endemann, Handelsrecht §§ 62, 63 a. E.

Anderer Meinung sind:

Jolly in der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. XI. S. 422 fg.

Auerbach Gesellschaftswesen S. 390.

Der Letztere unterstützt seine Ansicht mit Rechtsgründen überhaupt nicht. Die Meinung von Jolly, welcher sich indeß nur für ein subsidiäres Klagrecht der einzelnen Aktionäre erklärt, steht im engsten Zusammenhang mit seiner eigenthümlichen Auffassung der Aktiengesellschaft als einer Gesellschaft mit blos formeller Personeneinheit ohne juristische Persönlichkeit, eine Auffassung, welche nicht blos von der Theorie heutzutage fast völlig verlassen ist, sondern auch vom privatrechtlichen Gesetzbuch entschieden verworfen wird.

Wie sich dieß übrigens auch nach gemeinem Recht verhalten mag, für das Geltungsgebiet des Zürcher Privatrechts ist jeder Zweifel gehoben durch § 1356 pr. G. B., welcher lautet:

Die Vorsteher sind der Aktiengesellschaft für gewissenhafte und ordnungsmäßige Geschäftsführung verantwortlich.

Daß der Ausdruck Aktiengesellschaft streng wörtlich zu verstehen ist, findet eine Bestätigung in § 1354. Gerade weil die Verantwortlichkeit der geschäftsführenden Personen nur dem Verein gegenüber besteht, ist Vorsorge getroffen, daß die Vorsteher auf die Beschlußfassung der Generalversammlung keinen allzustarken Einfluß gewinnen.

Vgl. Bluntschli im Kommentar zu diesem Paragraphen.

II. Von den Ersatz-Pflichtigen.

§ 12.

A. Die Verwaltungsorgane im Allgemeinen.

Im Sachverhalt (§ 1) ist bereits in Kürze der Verwaltungsorganismus bei Leu und Comp. geschildert worden. Hier muß derselbe zur genaueren Darstellung gebracht werden, um festen Boden für Beantwortung der Frage zu gewinnen, welche Personen verantwortlich gemacht werden können.

Die Statuten von Leu und Comp. haben folgende hieher bezügliche Bestimmungen:

I. Behörden der Gesellschaft sind nach § 10:

1. die Generalversammlung,
2. die Vorsteherschaft,
3. die Direktion.

II. Die Vorsteherschaft wird gebildet von 15 aus den Aktionären von der Generalversammlung gewählten Mitgliedern (§ 15).

Die Direktion besteht aus 7 Mitgliedern, von denen 6 die Vorsteherschaft aus ihrer Mitte zu wählen hat (§ 15 lit. a), während der von der Generalversammlung gewählte Präsident der Vorsteherschaft zugleich Präsident der Direktion ist (§ 12 lit. a).

Die Mitglieder der Direktion und der Vorsteherschaft leisten ihre Verrichtungen unentgeltlich (§ 15 letzter Absatz).

III. Die Zuständigkeit der Behörden ist in folgender Weise geordnet. Es sind zugewiesen:

1. der Generalversammlung (§ 12 der Statuten):
   a) die Abänderung der Statuten,
   b) der Entscheid über die Vermehrung des Aktienkapitals,
   c) die Abnahme der Jahresrechnung und des Jahresberichtes,
   d) die Wahl der Vorsteherschaft und des Präsidenten derselben.
2. der Vorsteherschaft (nach § 15 der Stat.):
   a) die Vorberathung der Anträge auf Abänderung der Statuten und Vermehrung des Aktienkapitals (§ 6);
   b) die Censur und Begutachtung der Jahresrechnung und des zu druckenden Jahresberichts an die Generalversammlung;
   c) die Bestimmung der Dividenden nach § 9;
   d) die Wahl der Direktion aus ihrer Mitte;
   e) die Kontrollirung der Bücher, Schuldtitel, Kasse und soweit es ihr wünschbar scheint, der ganzen Geschäftsführung durch zwei ihrer Mitglieder, die nicht zugleich Mitglieder der Direktion sind und welche der Vorsteherschaft Bericht zu erstatten haben;
   f) die Entscheidung von Fragen, welche ihr von der Direktion vorgelegt werden.
3. der Direktion (nach § 16):
   „alle Geschäfte, welche nicht in die Kompetenz der vorgesetzten Behörden fallen, sowie die Vorberathung dieser letztern."

Außerdem steht ihr auch die Befugniß zu, eine außerordentliche Generalversammlung einzuberufen (Stat. § 13).

IV. Eine besondere Behörde für die Prüfung der Jahresrechnung (der Bilanz und der Abschlüsse) und für die Berichterstattung über die Rechnung in der Generalversammlung, sog. Censoren oder Revisoren,

Renaud, Recht der Aktiengesellschaft S. 446, 497

kennen die Statuten von Leu und Comp. nicht. Nach § 15 lit. b fällt die Censur und Begutachtung der Jahresrechnung unter die Obliegenheiten der gesammten Vorsteherschaft. Wenn dieselbe alljährlich mit dieser Aufgabe zunächst zwei ihrer Mitglieder betraut hat, so

war sie dazu unzweifelhaft berechtigt, aber der eigenen Prüfung und Begutachtung um so weniger enthoben, als jene Mitglieder statutengemäß ihren Bericht nur der Vorsteherschaft zu erstatten haben. Die sog. Censoren bei Leu und Comp. treten daher als solche der Generalversammlung und damit der Aktiengesellschaft gar nicht selbständig gegenüber; sie sammeln das Material für die Censur der Vorsteherschaft und verrichten damit nur einen Dienst im Schooße ihres Kollegiums.

V. Nach Aufzählung der Vereinsbehörden heißt es in § 10 der Statuten:

„Die Verwaltung wird besorgt von einem Verwalter mit dem nöthigen Hilfspersonal."

Ueber den Geschäftskreis dieses Beamten bestimmt § 17:

„Der Verwalter mit dem Hilfspersonal hat alle diejenigen Geschäfte zu besorgen, welche ihm durch die Pflichtordnung übertragen werden. Den Sitzungen der Behörden wohnt er mit berathender Stimme bei."

Die Anstellung des Verwalters erfolgt gemäß § 16 der Statuten durch die Direktion, welche auch die Pflichtordnung zu entwerfen hat. Mit diesem Amt ist eine Besoldung verbunden.

§ 13.

B. Vorsteherschaft und Direktion.

Nach den ausgehobenen Bestimmungen ist die Besorgung der dem Vereinszweck entsprechenden Geschäfte, die Anlegung und Einziehung der Kapitalien, die Herbeischaffung und wo nöthig vorübergehende Unterbringung der Gelder, die Vertretung der Gesellschaft in Rechtsgeschäften und vor Gericht u. s. w. der Direktion übertragen. (Vgl. auch § 2 der Statuten.) Die Direktion ist das ausführende Organ der Gesellschaft.

Die Vorsteherschaft hat weder das Recht noch die Pflicht, diese Geschäfte in die Hand zu nehmen. Ihre Thätigkeit ist im Wesentlichen auf die Ueberwachung der Geschäftsleitung des Direktoriums beschränkt. Sie bildet, wie es von einem Schriftsteller passend bezeichnet wird, die verkürzte Generalversammlung, indem sie die Aufsicht über die Verwaltung der Vereinsgeschäfte nur in ständigerer und eingehenderer Weise führt. In einzelnen Punkten ist freilich die Zuständigkeit beider Organe verschieden.

Die Direktion stellt mithin diejenige Vereinsbehörde dar, welche anderwärts (z. B. im deutschen Handelsgesetzbuch Art. 227 fg.) Vorstand der Aktiengesellschaft genannt wird.

Die weitere Vorsteherschaft entspricht im Ganzen dem Aufsichtsrath des deutschen H. G. Buchs (Art. 225 und den Zusatz im deutschen Reichsgesetz, die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften Art. 225 a).

Ich sage nicht ohne Vorbedacht im Ganzen; denn die weitere Vorsteherschaft steht darin einer geschäftsleitenden Behörde näher, daß ihr auch die Vorberathung der Anträge auf Abänderung der Statuten und Vermehrung des Aktienkapitals, die Bestimmung der Divi-

denden, die Wahl der Direktion und die Entscheidung der ihr von der Direktion vorgelegten Fragen zukommt.

Ueberdieß streben die Statuten von Leu und Comp. eine engere Verbindung zwischen der geschäftsführenden und aufsehenden Behörde an. Die sieben Direktoren sind zugleich vollberechtigte Mitglieder der Vorsteherschaft, sie stimmen in allen Fragen, welche der Letzteren vorliegen, mit und können nur nicht, wie übrigens selbstverständlich, Berichterstatter über die gesammte Geschäftsführung sein, die wesentlich von ihnen ausgeht.

Die Zusammenstellung der (weiteren) Vorsteherschaft von Leu und Comp. mit dem Aufsichtsrath des deutschen H. G. Buch's ist, wie man sich überzeugen wird, nur annähernd richtig. Soviel ist klar, die Direktion darf nicht als bloßer Substitut der Vorsteherschaft aufgefaßt werden, so daß auf ihr Verhältniß die Vorschrift des § 1172 pr. G. B. Anwendung litte. Beide Kollegien haben eine durch die Statuten ausgeschiedene Geschäftsaufgabe. Daß die Mitglieder der Direktion von der Vorsteherschaft gewählt werden, darf hieran so wenig irre machen als der andere Umstand, daß die Mitglieder der erstern Behörde Mitglieder der letzteren sind. Sonst müßte man auch der Vorsteherschaft die Selbständigkeit gegenüber der Generalversammlung absprechen. Beide stehen im unmittelbaren Verhältniß zum Aktienverein.

§. 14.

C. Die Direktionskommissionen.

Innerhalb der Direktion besteht seit der Reorganisation von Leu und Comp. die im § 1 geschilderte Geschäftsvertheilung ursprünglich an drei, jetzt nur noch an zwei Ausschüsse, Kommissionen oder Komites. Diese Einrichtung ist zwar nicht statutenwidrig, aber den Statuten unbekannt und beruht auf bloßem Direktionsbeschluß. Sie konnte daher die gesammte Direktion ihrer Obliegenheiten hinsichtlich der Geschäftsbesorgung nicht völlig entheben. Denn wenn auch zugegeben werden mag, daß die Arbeitstheilung durch die Natur der Umstände geboten war oder mindestens sehr im Interesse der Anstalt lag, so wäre es doch eine Verkennung ihrer Stellung gewesen, wenn die übrigen Direktoren sich gegenüber einer jeden Kommission auf den Ruheposten eines Beauftragten hätten zurückziehen wollen, der seiner Aufgabe ein Genüge geleistet hat, wenn er bei der ihm erlaubten Substitution in der Auswahl der Person mit der erforderlichen Sorgfalt verfahren ist (§ 1172 pr. G.B.). In diesem ausgedehnten Umfang sind die Direktoren einer Aktiengesellschaft zur Anordnung einer dauernden Stellvertretung nicht befugt, es müßten denn die Statuten das Gegentheil enthalten, was vorliegend nicht der Fall ist.

D. Rechtlicher Charakter der Vereinsorgane.

§ 15.

1. Der Direktoren.

Mit der Frage, unter welchen rechtlichen Gesichtspunkt die Stellung der Direktoren zu bringen sei, betreten wir einen streitigen Boden.

Pöhls (Recht der Aktiengesellschaften, Hamburg 1842. S. 179, 184) nennt die Direktoren verwaltende Socii, d. h. geschäftsführende Gesellschafter, im Sinne des pr. G.B. §§ 1248 mit 1180, 1181 oder §§ 1277 fg. Allein diese Ansicht ist nur ein Ausfluß der Auffassung der Aktiengesellschaft als einer wenn auch eigenthümlichen Societät (vgl. Pöhls § 11). Diese Grundanschauung wird vom privatrechtlichen Gesetzbuch nicht getheilt; dasselbe stellt die Aktiengesellschaften unter die korporativ organisirten Genossenschaften (vgl. die Anführungen in § 9 S. 10, 11). Damit fällt für das Zürcher Recht die Theorie von den verwaltenden Socii.

Thöl (Handelsrecht § 45 Ziff. 3) faßt die Vorsteher (Verwalter) als Institoren in dem aus dem römischen Recht geläufigen Sinn. Diese Ansicht hat vielfache Anfechtungen erfahren, zum Theil aus wenig zutreffenden Gründen. Namentlich hat man übersehen, daß in einem Lehrbuch des Handelsrechts nur von handelsrechtlichen Aktiengesellschaften gesprochen wird, wie denn auch das deutsche Handelsgesetzbuch diese jetzt allerdings beseitigte Beschränkung festhielt. Gleichwohl ist Thöl's Ansicht nicht befriedigend. Dagegen ist vor Allem anzuführen, daß die Vorsteher einer Aktiengesellschaft, sobald sie auf den Namen des Aktienvereins kontrahiren, gleich jedem andern ausdrücklichen Stellvertreter nur ihren Prinzipal verpflichten, nicht wie der römische Institor in erster Linie sich und daneben den Prinzipal (vgl. Thöl Handelsr. § 25).

Hievon abgesehen ist die Thöl'sche Auffassung auch unzureichend; denn sie kennzeichnet nur die Stellung der Verwalter (Vorsteher) nach außen in ihrem Verhältniß zu dritten Personen, mit welchen sie Rechtsgeschäfte abschließen. Für die innere Seite ihrer Stellung, für ihr Verhältniß zu ihrem Prinzipal, d. h. dem Aktienverein (nicht, wie Thöl meint, der Generalversammlung) ist mit ihrer Bezeichnung als Institoren nichts ausgesagt. Dieß wird sofort klar, wenn man den römischen Ausdruck mit dem heutigen Namen Stellvertreter vertauscht. Auch verkennt dieß Thöl so wenig, daß er an einem andern Ort (§ 23 Ziff. III.) die möglichen rechtlichen Gestaltungen der inneren Seite des Institorenverhältnisses wenn auch nicht ganz vollständig aufführt.

Der neueste ausführliche Schriftsteller über das Recht der Aktiengesellschaften, Renaud in dem mehrfach angezogenen Werk, äußert sich über den in Rede stehenden Punkt folgendermaßen (S. 470 fg.): Die Vorsteher sind keine Mandatare der Aktiengesellschaft, weil sie nothwendige Repräsentanten derselben sind. Aber auch keine Institoren (wofür S. 104 fg. Gründe von verschiedenem Werth angeführt werden). Sie sind vielmehr eine Vereinsbehörde und zwar diejenige, welche die Exekutive hat; denn (S. 105) für die Vorstandschaft eines Aktienvereins ist, wie sie auch zusammengesetzt sein mag, der Wechsel der Personen insofern ohne Bedeutung, als der jedesmalige Träger des Amts die Gesammtheit aller mit demselben verbundenen Befugnisse und Verpflichtungen hat.

Mir will scheinen, als ob mit der Bezeichnung des Vorstands als einer Behörde wenig oder nichts erklärt sei, da das Wort Behörde einen bestimmten juristischen Begriff nicht

einschließt. Die Staatsbehörden haben allerdings einen fest umschriebenen rechtlichen Charakter. Aber was ihnen einen eigenthümlichen Stempel aufdrückt, das ist der Umstand, daß sie Glieder des staatlichen Organismus sind und darum zugleich und zwar ihrem Schwerpunkte nach unter der Herrschaft des öffentlichen Rechts stehn, wodurch freilich auch die privatrechtliche Seite ihrer Stellung beeinflußt wird. (Vgl. Zachariae deutsches Staats- und Bundesrecht Bd. II. § 135 Ziff. II. der dritten Aufl.). Diese Eigenschaft fehlt den Organen einer Aktiengesellschaft vollständig. Nicht einmal mit den Vormündern können sie geradezu in eine Linie gestellt werden, da auch das vormundschaftliche Amt eine publizistische Seite hat; es wird unter Mitwirkung der Obrigkeit angeordnet und unter ihrer Aufsicht verwaltet.

Wenn alle diese Erklärungen auf das Verhältniß der Direktoren nicht zutreffen, so stehen wir vielleicht vor einer juristischen Irrationale? Nichts weniger als dieß. Entkleidet man nämlich die Stellung eines Direktors ihrer unjuristischen Merkmale, so bleibt nichts weiter als ein Beauftragter. Das Direktorium ist eine kollegial organisirte Mehrheit von Personen mit gemeinsamem Auftrag. Ihre Anstellung beruht auf einem Vertrag zwischen der Aktiengesellschaft und jedem Gewählten. Der Inhalt dieses Vertrags (lex contractus) ist in den Statuten und ergänzungsweise im Gesetz verzeichnet.

Mit dieser Auffassung allein gewinnt man festen juristischen Untergrund, während die Behördentheorie statt eines Begriffs einen Namen gibt und die Beurtheilung auf die offene See führt, deren schaukelnden Wogen sich zu vertrauen zwar nicht ohne Reiz, aber bekanntlich auch ziemlich gefährlich ist.

Uebrigens stehe ich mit der entwickelten Ansicht nicht vereinzelt. Sie wird getheilt unter den Schriftstellern von

Jolly in der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. XI. S. 320 fg.

und von mehreren Gesetzgebungen, obenan der Code de commerce Art. 31 und 32.

Man vgl. auch Windscheid Pandekten § 448 Note 2.

Allerdings ist der Gesichtspunkt des Auftragsverhältnisses nur dann vollkommen zutreffend, wenn die Annahme einer Wahl in den Vorstand vom freien Willen des Gewählten abhängt und wenn die Dienstleistungen der Direktoren unentgeltlich sind. Allein beide Voraussetzungen finden sich bei dem Direktorium von Leu und Comp., die letztere nach einer ausdrücklichen Bestimmung der Statuten (vgl. oben § 12. II), die erstere gemäß der beim Schweigen der Statuten maßgebenden Regel (Renaud a. a. O. S. 474). Nothwendige Repräsentanten kann man demnach die Direktoren nur in dem nicht gewöhnlichen Sinn nennen, daß die Aktiengesellschaft einer Vertretung in der Leitung der Geschäfte nicht entbehren kann. Aber warum soll an diesem Merkmal die Mandatareigenschaft scheitern? Ist doch die Auswahl der Individuen frei. Oder will man gegen den Vertragscharakter geltend machen, daß die Bestellung eines Direktoriums durch die Statuten geboten ist, so muß

man auch leugnen, daß der Verwalter von Leu und Comp. im Vertragsverhältniß zur Gesellschaft stehe (vgl. oben § 12. V. und unten § 17). Die kollegiale Verfassung ist mit der Mandatsnatur wohl vereinbar. Aus ihr erklärt sich, was Renaud als ein Kriterium des Amts ansieht, daß ein Wechsel der Personen auf den Befugniß- und Pflichtenkreis ohne Einfluß ist. Wenn man endlich noch das Recht des Direktoriums zur Berufung der Generalversammlung als Gegengrund anführt, so wird mindestens übersehen, daß das Auftragsverhältniß zur Aktiengesellschaft und nicht zur Generalversammlung besteht.

Und gerade dieser Punkt verdient schließlich noch besondere Betonung. Die Direktoren sind Beauftragte der Aktiengesellschaft, nicht der einzelnen Aktionäre (vgl. oben § 9); nicht der Vorsteherschaft, welche nur die Aktiengesellschaft in der Wahl der Beauftragten (jedoch mit Ausnahme des Präsidenten) vertritt; nicht der Generalversammlung, die sich selbst mit der Direktion in die Vertretung der Gesellschaft theilt.

§ 16.

2. Der weiteren Vorsteherschaft.

Die Mitglieder der weiteren Vorsteherschaft haben andere Obliegenheiten als die Direktoren, sie entbehren insbesondere der Befugniß, den Verein nach Außen zu vertreten. Gleichwohl ordnet sich ihre Rechtsstellung unter denselben juristischen Gesichtspunkt wie die der Direktoren. Wie Aemter trotz der verschiedensten Aufgabe sämmtlich unter einen gemeinsamen Rechtsbegriff fallen, so läßt auch das Mandat unbeschadet seiner Gattungseigenschaft einen sehr verschiedenartigen Inhalt zu. Für das Dasein dieses Rechtsverhältnisses genügt, daß Jemand freiwillig die Besorgung eines Geschäfts nach dem Willen des Auftraggebers übernommen hat. (pr. G. B. §§ 1156 und 1159).

Diese Merkmale finden sich an der Stellung der Vorsteher. Ihre Berufung beruht auf Wahl; die Annahme derselben ist vom freien Willen des Gewählten abhängig; wer annimmt, verpflichtet sich zu gewissen Verrichtungen im Interesse des Vereins; die Dienstleistungen sind unentgeltlich.

Den allgemeinen rechtlichen Charakter haben demnach die Mitglieder der weiteren Vorsteherschaft mit den Direktoren gemeinsam. Wie ich aus dem Berner Gutachten S. 23 ersehe, so unterwirft auch das neueste französische Gesetz über die Gesellschaften vom 24. Juli 1867 die „Commissaires“ den Regeln des Mandats, obwohl deren Obliegenheiten noch mehr auf bloße Aufsicht beschränkt sind als die unserer Vorsteher.

§ 17.

3. Des Verwalters.

Die Anstellung des Verwalters beruht obwohl durch die Statuten geboten auf Vertrag (übereinstimmend das Berner Gutachten S. 25). Da dem Verwalter eine Besoldung zu-

gesichert ist, so fällt der mit ihm abgeschlossene Vertrag unter die Klasse der Honorar- oder Freidienstverträge (pr. G.B. §§ 1567 fg.).

Der Verwalter steht aber im Vertragsverhältniß zum Aktienverein. Er ist nicht Angestellter der Direktoren, so daß diese für seine Handlungsweise dem Verein schlechthin haftbar wären (pr. G.B. § 1007). Durch seine Ernennung vollzieht das Direktorium nur ein Rechtsgeschäft für den Verein. Wenn aber ein Vertreter innerhalb seiner Befugniß auf den Namen des Vertretenen handelt, so tritt in das Rechtsverhältniß nur dieser ein, nicht der Vertreter (pr. G.B. §§ 949, 1356).

Der Verwalter ist aber auch kein Substitut der Direktoren im Sinne von § 1171 pr. G.B. Denn abgesehen davon, daß die Ernennung eines solchen nicht in das Belieben der Direktoren gestellt ist, so bilden auch seine Dienstesobliegenheiten nicht Bestandtheile der dem Direktorium zugewiesenen Geschäftsaufgabe.

E. Rechtliche Verantwortlichkeit der Vereinsorgane.

1. Der Direktoren.

§ 18.

Die Statuten von Leu und Comp. übergehen, wie hier ein für allemal bemerkt wird, die Haftung der Behörden und Beamten der Gesellschaft mit vollkommenem Stillschweigen. Es haben daher hierüber die Vorschriften des privatrechtlichen Gesetzbuches Maß und Ziel zu geben.

In dieser Hinsicht kommt vor Allem die Bestimmung des § 1356 in Betracht, welche besagt: Die Vorsteher sind der Aktiengesellschaft für gewissenhafte und ordnungsgemäße Geschäftsbesorgung verantwortlich.

Um zunächst die Personenfrage zu erledigen, so ist nicht zweifelhaft, daß die Direktoren von Leu und Comp. unter die Vorsteher im Sinne dieses § fallen.

In sachlicher Beziehung bezeichnet aber das Gesetz, indem es den Vorstehern Gewissenhaftigkeit und Ordnungsgemäßheit zur Pflicht macht, mehr die Richtung der ihnen überbundenen Obsorge als das Maß derselben und gibt über den Grad der Haftung wenigstens keinen bestimmten Aufschluß. So sagt auch Bluntschli im Kommentar zu diesem §:

> Die Ausdrücke (gewissenhafte und ordnungsgemäße Geschäftsbesorgung) wurden gewählt, um die beiderlei Rücksichten zu bezeichnen, auf die es ankommt, die persönliche Gewissenhaftigkeit, welche vor Allem fordert, daß die Direktoren das Interesse der Gemeinschaft ihrem besondern Vortheil vorziehen und ihren Fleiß und ihre Kräfte dafür verwenden, und die Beachtung der äußeren statutenmäßigen Geschäftsordnung.

Zwar ist zuzugeben, daß der Anforderung, welche § 1356 an die Vorsteher stellt, mehr die Sorgfalt eines ordentlichen pünktlichen Mannes entspricht als die bloße Vermeidung einer Kopf- und Gedankenlosigkeit. Danach würden im Geiste dieser Gesetzesvor-

schrift die Vorsteher nicht blos wegen grober sondern schon wegen leichter Fahrlässigkeit haftbar sein. Allein dieses Ergebniß als ein sicheres angenommen, so sind wir dadurch über die Haftfrage noch keineswegs völlig aufgeklärt. Denn das bürgerliche Recht kennt für die Zurechnung leichter Fahrlässigkeit einen doppelten Maßstab, einen allgemeinen und einen individuellen. Nach dem erstern wird das der Beurtheilung unterstehende Benehmen des Schuldners gemessen an dem Verfahren gewissenhafter sorgfältiger Leute überhaupt, an einem Durchschnittsmenschen, nach dem andern dagegen an dem Verfahren des Schuldners selbst in seinen eigenen Angelegenheiten. In den Fällen, wo die zweite Beurtheilungsweise Platz greift, „wird die Verantwortlichkeit des Schuldners gemildert durch die Rücksicht auf seine persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten" (pr. G.B. § 1003), und derselbe bleibt von Haftung frei, wenn vorliegt, „daß er auf die fremden Angelegenheiten so viel Sorgfalt verwendet habe, als er in seinen eigenen zu üben pflegt" (Bluntschli).

Ob nach Zürcher Recht an das Verschulden der Direktoren der allgemeine oder der besondere Maßstab angelegt werde, diese Frage hat ihre gute Berechtigung; denn die Meinungsverschiedenheit der gemeinrechtlichen Schriftsteller in der Frage über die Haftung der Direktoren betrifft gerade diesen Punkt und nur ihn. Während nämlich Pöhls (a. a. O. S. 100) die mildere Meinung vertritt, streiten Jolly (a. a. O. S. 373) und Renaud (a. a. O. S. 537, 559) für die strengere.

Kurz, wir überzeugen uns, daß die Regelung der Haftfrage, soweit sie dem § 1356 entnommen werden kann, eine ausreichende nicht ist. Wir haben uns deßhalb nach andern Anhaltspunkten im Gesetze umzusehen.

§ 19.

Es eröffnen sich im vorliegenden Fall zwei Wege, um zu einer Ergänzung der unvollständigen Vorschriften in diesem Kapitel des Gesetzbuchs zu gelangen. Und daß beide genau zu derselben Lösung unserer Frage führen, darin liegt gewiß keine geringe Bestätigung dafür, daß dieses Ergebniß dem Geiste des Gesetzes entspricht.

In dem ersten Abschnitt des vierten Buches, welches von Forderungen und Schulden handelt, werden im privatrechtlichen Gesetzbuch die allgemeinen Grundsätze der Verträge aufgestellt in der Meinung, daß dieselben überall maßgebend eintreten sollen, wo für ein bestimmtes Vertragsverhältniß besondere Regeln im Gesetze nicht enthalten sind. Dieß gilt insonderheit auch von der Frage über die Haftung in Obligationen.

Zeitschrift (der Zürcherischen Rechtspflege) XVI S. 355 und Ullmer's Kommentar Nr. 1570.

Die Pflicht zum Schadenersatz knüpft § 1002 pr. G.B. schon an die Begehung einer leichten Fahrlässigkeit dann, wenn der Schuldner eine Geschäftsführung in Angelegenheiten des Gläubigers übernommen hat.

Im unmittelbaren Anschluß hieran (§ 1003) werden jedoch die Fälle aufgezählt, in

welchen die Verantwortlichkeit wegen leichten Versehens nach dem mildern individuellen Maßstab beurtheilt werden soll, und dazu gehört:

„Wenn ihm (dem Schuldner) eine dauernde Vermögensverwaltung anvertraut worden ist.

Hiezu führt Bluntschli aus den Kommissionsberathungen an:

„Wenn nicht ein einzelnes Geschäft sondern eine ganze Vermögensverwaltung für die Dauer übernommen wird, so erscheint es auch da theils natürlich, daß die persönlichen Eigenschaften des Verwalters vorher erwogen werden, theils wäre die Verantwortlichkeit zu groß, wenn man fortdauernd diese für die Person des Verwalters ungewöhnliche Sorgfalt fordern und verlangen wollte, daß er niemals in seine individuellen Schwächen zurückfallen dürfe."

Treffen nicht alle diese Merkmale auf die Stellung der Direktoren von Leu und Comp. zu? Ihre Geschäftsaufgabe hat eine Vermögensverwaltung zum Gegenstand. Dieselbe ist nicht blos eine besonders mühevolle sowohl wegen der Größe des Vermögens als wegen des umfassenden Geschäftsbetriebs, sondern sie ist auch eine dauernde. Zwar werden sämmtliche Vorsteher bei Leu und Comp., die Direktoren inbegriffen, nur auf vier Jahre gewählt (Statuten § 15 Abs. 1). Allein von der Wiederwahl, welche statutenmäßig (§ 15 Abs. 2) zuläßig und bei Leu und Comp. nach bisheriger Erfahrung Regel ist, ganz abzusehen, so kann eine Beschäftigung, welche vier Jahre hindurch die Thätigkeit in so bedeutendem Maße in Anspruch nimmt, nimmermehr eine blos vorübergehende genannt werden. Es entspricht m. E. weder dem Buchstaben noch dem Geist des Gesetzes, den Begriff einer dauernden Verwaltung auf die Uebertragung für Lebenszeit zu beschränken. Außerdem wäre auch die Verwaltung eines Vogts eine blos vorübergehende zu nennen (§ 339 pr. G. B.).

Fällt demnach die Haftung der Direktoren unter die Bestimmungen der §§ 1002 und 1003 pr. G. B., so sind sie zwar selbst wegen leichter Fahrläßigkeit ersatzpflichtig, aber doch nur unter der Voraussetzung, daß sie dabei weniger sorgfältig gehandelt haben, als sie es in ihren eigenen Angelegenheiten zu thun pflegen.

Zu demselben Ergebniß führt eine andere nicht minder berechtigte Erwägung.

Die Direktoren haben die rechtliche Eigenschaft von Beauftragten. Sie sind unbesoldete Beauftragte. Folglich findet auf sie auch § 1174 pr. G. B. Anwendung, welcher sagt, daß bei dem eigentlichen d. h. unentgeltlichen Mandat der Beauftragte von der Ersatzpflicht wegen leichten Versehens frei wird, „insofern sich ergibt, daß er den Grad von Sorgfalt verwendet hat, den er in seinen eigenen Angelegenheiten zu verwenden gewohnt ist."

§ 20.

Ganz anders ist der rechtliche Standpunkt, auf welchen sich die Verfasser des Berner Gutachtens gestellt haben.

Sie anerkennen mit mir, daß im § 1356 pr. G. B. über das Maß der Gewissen-

haftigkeit und Ordnungsgemäßheit nichts festgesetzt sei, ziehen aber daraus die Folgerung, daß der Gesetzgeber von jeder Gradmessung für die Verantwortlichkeit der Vorsteher Umgang genommen und dem Richter die freie Würdigung über die Frage gegeben habe, ob die Geschäftsbesorgung der Direktoren als eine gewissenhafte und ordnungsgemäße angesehen werden kann.

Welche Gründe werden dafür geltend gemacht?

1. „Die Vorschriften des allgemeinen Theils (des privatrechtlichen Gesetzbuches) über Verträge seien

a. überhaupt auf die Vorsteher einer Aktiengesellschaft nicht anwendbar.“

Warum? Darauf wird uns eine Antwort nicht ertheilt. Die Verfasser des Berner Gutachtens hätten uns aber dieselbe um so weniger vorenthalten sollen, als viele Juristen der gegentheiligen Ansicht sind, unter ihnen der Redaktor des privatrechtlichen Gesetzbuches; man vergleiche z. B. dessen zweite Anmerkung zu dem in Rede stehenden § 1356, wo in Betreff der Vorsteher auf die allgemeine Bestimmung in § 954 verwiesen wird. Vielleicht bestreiten sie dem Rechtsverhältniß zwischen dem Aktienverein und seinen Vorstehern die Vertragsnatur, vielleicht haben sie sich durch Renaud zu der unfaßbaren Behördentheorie verleiten lassen. In diesem Fall genügt zur Widerlegung auf meine frühere Ausführung (§ 15) zu verweisen. Was aber die Bedeutung und Aufgabe des allgemeinen Theils für die rechtliche Ordnung der einzelnen Obligationsarten anlangt, so sind dieselben in dem angeführten obergerichtlichen Präjudiz so klar und bestimmt gezeichnet, daß ich mich einer weiteren Erörterung derselben enthalten kann. Uebrigens wird im Berner Gutachten der erst verschmähte allgemeine Theil an einer andern Stelle doch auf das Verhältniß der Direktoren und deren Haftung anwendbar gefunden (S. 22).

b. „Jedenfalls wären die allgemeinen Bestimmungen des Gesetzbuches durch die spezielle Disposition des § 1356 ausgeschlossen.“

Es ist im Berner Gutachten zugegeben, daß in § 1356 über das Maaß der Haftung nichts bestimmt sei. In diesem Mangel einer Disposition nun eine „spezielle Disposition“ zu finden, welche der Anwendung der allgemeinen Grundsätze jedenfalls (?) entgegentritt, ist eine Folgerung, die wenigstens durch ihre Kühnheit überrascht. Ist sie richtig, dann war die Aufstellung des sog. allgemeinen Theils im privatrechtlichen Gesetzbuch in der That eine recht harmlose Beschäftigung des Gesetzgebers.

2. „Die ganze Scheidung von culpa levis und culpa lata sei für die vorliegende Haftfrage nicht anzuerkennen.“

Es sei mir verstattet, hier folgende Bemerkung einzuschalten.

Der Rechtspolitiker mag immerhin die ältesten und eines unangefochtenen Bestands bisher sicheren Rechtsgrundsätze der freiesten Kritik unterziehen und sie verwerfen, wenn er die Ueberzeugung von ihrer Schädlichkeit oder Unzweckmäßigkeit gewinnt. Anders ist der Standpunkt des urtheilenden Richters. Ihm tritt das Gesetz mit der gebieterischen

Forderung der Unterwerfung gegenüber; es muß vom Richter vollzogen werden, auch wenn derselbe dem Rechtssatz inneren Werth nicht zuzuerkennen vermag: stat pro ratione voluntas. Wohin würde es auch führen, wenn die subjektive Meinung des Einzelnen, und sei er ein noch so gelehrter Jurist, sich setzen könnte über den Willen der Staats-Gesammtheit, wie er im Gesetz Ausdruck gefunden hat?

Bei der Beurtheilung des vorliegenden Falls ist also nur zu beachten, was das Zürcher privatrechtliche Gesetzbuch über die Gradunterscheidung bei der Verschuldung bestimmt.

Ein Blick auf dieses Gesetzbuch zeigt, daß dasselbe die Ersatzpflicht aus Verschuldung in obligatorischen Verhältnissen nach Beschaffenheit der Beziehung ordnet, welche zwischen dem Willen des Pflichtigen und dem eingetretenen schädlichen Erfolg obwaltet, und daß es dabei „der meisterhaften Behandlung der römischen Juristen folgend" (Bluntschli) nicht blos die Unterscheidung von rechtswidriger Absicht (dolus) Fahrlässigkeit (culpa) und Zufall (casus) zu Grunde legt, sondern auch innerhalb der Fahrlässigkeit eine Abstufung von grober (culpa lata) und leichter (culpa levis) trifft. Es geschieht dieß nicht blos in den allgemeinen Vorschriften der §§ 1000—1006, sondern auch bei Regelung der besonderen Obligationsarten (z. B. §§ 1131, 1138, 1174, 1179, 1207, 1240). Nirgends wird für Vertrags- und vertragsähnliche Verhältnisse die Unterscheidung von Graden der Fahrlässigkeit ausdrücklich ausgeschlossen. Unter diesen Umständen kann die Annahme eines stillschweigenden Ausschlusses doch nur auf sehr überzeugende Gründe gebaut werden. Was wird uns nun in dieser Hinsicht im Berner Gutachten geboten?

a. „Der Wortlaut des § 1356 bietet zur Anerkennung der (fraglichen) Unterscheidung keine Veranlassung."

Das soll zu der Unterstellung berechtigen, daß der Gesetzgeber für diesen einzelnen Fall von dem sonst streng festgehaltenen Prinzip abgewichen sei.

Doch nein! „Er scheint (?) sie im Gegentheil dadurch auszuschließen, daß in dem Worte „gewissenhaft" bereits eine Bestimmung des Grads der Sorgfalt enthalten ist."

Also: die Unterscheidung von Graden wird dadurch verworfen, daß ein bestimmter Grad anerkannt wird!?

Wie wenig übrigens nach der Auffassung des privatrechtlichen Gesetzbuches der Ausdruck „gewissenhaft" die Unterscheidung von grober und leichter Fahrlässigkeit und deren weitere Abwägung verdrängt oder ersetzt, das beweist am deutlichsten die Lehre vom Mandat. § 1166 bestimmt, daß der Beauftragte den übernommenen Auftrag gewissenhaft und sorgfältig zu erfüllen habe. Gleichwohl wird im § 1174 die Haftung des Beauftragten für Schadenersatz in der gewöhnlichen Weise nach dem Grade der Fahrlässigkeit geregelt, wobei sogar der verschiedene Maßstab bei Beurtheilung der geringen Fahrlässigkeit zur Geltung kommt (vgl. oben § 19 a).

Es heißt aber im Berner Gutachten weiter:

b. „Die Ignorirung der beiden Grade von culpa entspricht der Natur der Sache entschieden besser; denn

aa. wenn man die beiden Begriffe von leichter und grober culpa als Maßstab auf das wirkliche Leben eines Verantwortlichkeitsprozesses anlegen will, so überzeugt man sich leicht, daß dieselben nicht genügen und daß die Stufen und Grade von Fleiß, Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit der Geschäftsführung außerordentlich verschieden und zahlreich sind."

Dieser Grund ist gerade so richtig, als wenn Jemand sagen wollte: weil man im täglichen Verkehr die Größe einer Sache nicht nach Millimetern bestimmen kann, so wirft man auch die Bestimmung nach Metern und Centimetern über Bord und nennt die Sachen schlechthin groß und klein. Dem Urtheil ist dann gewiß der freieste Spielraum gesichert. Doch ich lasse einem Gewichtigern das Wort. Keller äußert sich in seinen Pandektenvorlesungen § 250:

> Sobald wir das Gebiet der allgemeinen Bürgerpflichten verlassen und dasjenige der besondern Pflichtverhältnisse betreten, welche im ökonomischen Verkehr durch Vertrag oder sonst eine individuelle Begründung erhalten, so kommen in diesem Gebiet der Obligationen so mannigfache Thätigkeiten vor, und die Sorgfalt, Umsicht, Geschicklichkeit, Gewissenhaftigkeit des Einzelnen, sowie auch die entgegengesetzten Eigenschaften können in so verschiedener Art und Grad und Richtung geübt und in Anspruch genommen werden, daß sich auch der Begriff der culpa und seines Gegensatzes verschiedentlich nüanciren muß.

Zieht nun Keller aus dieser Mannigfaltigkeit der Schattirungen den Schluß, daß jede Unterscheidung von Graden vom Uebel sei? Nach einer Zwischenbemerkung fährt er fort:

> Sodann findet sich auf diesem Gebiet mitunter auch die Veranlassung, Fleiß und culpa mit einem andern Maßstab zu messen als mit dem oben dargelegten der Art und Sitte eines bonus et diligens pater familias (guten und sorgfältigen Hausvaters). Man stellt sich hiefür zuweilen auf eine niedrigere Stufe und nimmt zum Maßstab die Art und Sitte eines ganz gewöhnlichen Menschen, an welchem im Punkte von Fleiß, Umsicht, Sorgfalt und dergleichen gar nichts besonders zu loben ist, der aber doch in dieser Beziehung nicht unter das Gewöhnliche fällt und nicht durch die entgegengesetzten Fehler sich auszeichnet und in's Ungewöhnliche übergeht. Wo das zur Frage gestellte Benehmen auch nicht ein Mal bei diesem Maßstab bestehen kann, sondern auch so gemessen noch in's Tadelnswerthe fällt, da spricht man von lata culpa, grober Nachlässigkeit, grobem Verfahren und dergleichen. Dieser setzt man dann entgegen die levis culpa und findet dieselbe in demjenigen Benehmen, welches nach diesem letztern leichtern Maßstab wohl ohne Tadel bestehen, nach jenem obigen strengeren aber nicht bestehen kann.

Um zum Zürcher Privatrecht zurückzukehren, so darf man billig fragen, warum die Anlegung des erwähnten Maßstabes an die Geschäftsführung der Vorsteher eines Ak-

tienvereins unthunlich sein soll, während das Gesetz denselben für jede andere Geschäftsführung vorschreibt, sie mag sich auf Auftrag (§ 1174), Gesellschaftsverhältniß (§ 1240) oder auf vormundschaftliches Amt (§§ 158, 351 mit § 1003) gründen.

bb. „Ueberdieß entbehren auch schon jene beiden Begriffe jeder näheren Präzision und gewähren darum dem Richter den Vortheil einer festen Handhabe nicht. Sie hemmen sein freies Urtheil, ohne ihm einen nützlichen Halt zu geben".

Ist denn in der That die Grenzlinie so schwer zu ziehen zwischen einer kopf- und gedankenlosen Handlungsweise und einem leichten Versehen, das zwar von einem bedächtigen gewissenhaften Mann, wie wir ihn uns unter einem guten Hausvater vorstellen (§1399 pr. G. B.), vermieden werden wird, aber anders gearteten Menschen wohl begegnet? Nicht bloß die Römer, welche sich indeß auf das Bedürfniß des praktischen Lebens einigermaßen verstanden, haben die Gradeintheilung für die fahrlässige Verschuldung aufgestellt, dieselbe ist in alle namhafteren neuern Civilgesetzbücher übergegangen; selbst auf dem Gebiet des Handelsrechts kann man ihrer nicht entrathen (z. B. deutsches Handelsgesetzbuch Art. 94, 282, 343, 361, 380, 397, 464, Entwurf eines schweizerischen Handelsrechts Art. 295 Abs. 2, Art. 337 Abs. 2 und Munzinger Motive S. 333). Meines Wissens hat auch bisher weder die Praxis noch die Theorie in der Anwendung dieser Grundsätze erhebliche Schwierigkeiten gefunden. Und wie sehr sie uns in Fleisch und Blut übergegangen sind, dafür kann ich mich auf das Berner Gutachten selbst berufen, indem auf S. 19 von grober Fahrlässigkeit der Direktion gesprochen wird. Der lebenskluge Horaz hat es aber vorausgesagt (Epistol. lib. I. epist. ad Fuscum Aristium).

Ich zweifle, daß die Ansicht des Berner Gutachtens großen Anklang finden wird, wenigstens außerhalb des Kreises Derjenigen, welchen Bequemlichkeit das oberste Gesetz ist. Im Interesse einer sichern Rechtsprechung wäre der Erfolg gewiß zu bedauern. Denn die Jurisprudenz der freien Hand, welcher dort das Wort gesprochen wird, ist geeignet, von der festen Linie des Rechts ab zur subjektiven Willkür zu führen. Vom Standpunkt des Zürcher Privatrechts enthielte aber die Adoption jener Ansicht nicht Anwendung, sondern Korrektur des Gesetzes.

2. Der Mitglieder der weitern Vorsteherschaft.

§ 21.

Die Vorschriften des privatrechtlichen Gesetzbuchs über die Vorsteher der Aktiengesellschaft sind ziemlich dürftig; es handeln davon nur die §§ 1355—1357. Die so häufige Scheidung der Vorsteherschaft in zwei Organe, in ein geschäftsleitendes und in ein aufsehendes ist im Gesetze selbst nicht berücksichtigt. Da aber der Redaktor Bluntschli in der ersten Note zu § 1355 dieser Uebung gedenkt, so dürfen wir annehmen, daß dieselbe auch dem Gesetzgeber nicht unbekannt war. Erstrecken sich nun die angeführten §§ auf beide Arten von Vorstehern? Die Frage wird eher zu verneinen als zu bejahen sein. Denn in § 1356 wird

von den Vorstehern gesagt, daß sie im Namen der Aktiengesellschaft die Verträge abschließen; nach § 1357 sind sie zu jährlicher Rechnungslegung über das Vermögen der Aktiengesellschaft verpflichtet. Beides trifft auf die Mitglieder der weitern Vorsteherschaft bei Leu und Comp. nicht zu. Sie treten nicht nach außen auf, der einzige Vertrag, welchen sie abschließen, betrifft die Bestellung der Direktoren; auch haben sie die Jahresrechnung nur zu begutachten, nicht selbst zu legen. Angenommen indeß, dem § 1355 sei eine weitere Bedeutung zu unterstellen, die Bestimmung des § 1356, welche die Verantwortlichkeit der Vorsteher regelt, beschränkt sich unzweideutig auf die geschäftsleitenden Vorsteher. Und dieß kann uns an diesem Ort allein interessiren.

Was ist die Folge? Daß „das statutarische Ueberbinden von Pflichten an die (weitere) Vorsteherschaft jeglicher Sanktion entbehre"? (Berner Gutachten S. 24) d. h. daß deren Mitglieder wegen Pflichtverletzung von aller Haftung frei sind, so lange sie nicht ihre Stellung zu einer absichtlichen Schädigung der Aktiengesellschaft mißbrauchen und damit das Gebiet der unerlaubten Handlungen beschreiten (pr. G. B. §§ 1827, 1832)?

Meine früheren Ausführungen leiten mit Bestimmtheit auf das Gegentheil hin.

1) Stellt sich die Beziehung der Vorsteher (im weiteren Sinn) zur Aktiengesellschaft als ein rechtliches Pflichtverhältniß dar. Wie man dasselbe auch juristisch beeigenschaften mag, so wird es mit eben so viel Berechtigung unter die allgemeinen Grundsätze der §§ 997 fg. gestellt als dieß in Ansehung des Ehemanns als Verwalter des Weiberguts, des Vaters wegen der Verwaltung des Kindsvermögens und des Vormundes ausdrücklich geschieht (pr. G. B. § 1003). Das Schweigen des Gesetzes über die Haftung obligatorisch Verpflichteter läßt nichts weniger als auf eine Verneinung derselben schließen. (Vgl. oben §§ 19, 20).

Man könnte nur darüber Zweifel aufwerfen, ob die mildere Beurtheilung, welche ich für die Direktoren als die gesetzliche nachgewiesen habe, auch den übrigen Vorstehern zu gute komme. Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, ob man auch ihre Dienstobliegenheit als Anvertrauung einer dauernden Vermögensverwaltung bezeichnen darf. Ich stehe aber nicht an, diese Frage zu bejahen. Denn wenn auch den Mitgliedern der weiteren Vorsteherschaft nicht die unmittelbare Leitung des ausgedehnten Geschäftsbetriebs überbunden ist, so liegt ihnen doch die stete Ueberwachung derselben ob, eine Aufgabe, welche bei gewissenhafter Erfüllung die Aufmerksamkeit in kaum geringerem Maße in Anspruch nimmt. Der Grund, warum das Gesetz für die Anvertrauung einer dauernden Vermögensverwaltung die Verantwortlichkeit mildert, gilt auch für die Verpflichtung der Vorsteher.

2) Die Mitglieder der weiteren Vorsteherschaft haben die rechtliche Stellung von Beauftragten, welche eine Vergütung für ihre Mühewaltung nicht beziehen (oben § 16). Demnach sind sie gemäß § 1174 pr. G. B. nur für Vernachlässigung des Grads von Fleiß und Sorgfalt verantwortlich, welche sie ihren eigenen Angelegenheiten zuzuwenden pflegen. Der Grund, weßwegen das Berner Gutachten (S. 24) die Anwendbarkeit dieser Bestimmung bezweifelt, kann keine ernste Unruhe verursachen. Es ist richtig, daß „die An-

wendung des Mandatsbegriffs" auf die Behörden einer Aktiengesellschaft bestritten werden kann. Allein ob mit Recht, das steht noch zu beweisen (vgl. übrigens § 15).

Es erhellt hieraus, daß der Maßstab, mit welchem das Verhalten der Vorsteher gemessen wird, derselbe ist wie der früher für die Verantwortlichkeit der Direktoren ermittelte. Da jedoch die Art der durch das Rechtsverhältniß überbundenen Pflichten hier und dort verschieden ist, so kann allerdings möglicherweise ein gleiches Verhalten bei den Einen Ersatzverbindlichkeit nach sich ziehen, bei den Andern nicht.

3. Des Verwalters.

§ 22.

Die Anstellung des Verwalters hat die rechtliche Natur eines Honorarvertrags (§ 17). Die aus einem solchen Geschäft entstehenden Rechte und Pflichten sind in demjenigen Kapitel des privatrechtlichen Gesetzbuchs, welches diese Klasse von Verträgen eigens zum Gegenstand hat, nur zum geringsten Theil geregelt. Insbesondere findet sich dort keine Vorschrift über die Verantwortlichkeit eines Angestellten.

Bei dieser Gestalt der Dinge ist das Nächstliegende, die Grundsätze des sog. allgemeinen Theils des Vertragsrechts zur Ergänzung heranzuziehen. Dieß ist auch die Meinung des Berner Gutachtens (S. 25). Jedoch hat dasselbe unterlassen, den Grad der Verantwortlichkeit zu bestimmen, für welchen demgemäß der Verwalter einzustehen hat. Es rechnet ihm nur die eine Handlungsweise — wie es scheint — als leichtes Versehen an (S. 26), die andere ausdrücklich als grobe Fahrlässigkeit (S. 27).

Nach der früher gepflogenen ausführlichen Erörterung kann ich mich über diesen Punkt kurz fassen. Wenn das Verhalten des Verwalters den Bestimmungen der §§ 1001 fg. untersteht, so ist seine Verantwortlichkeit eine ermäßigte im Sinne des § 1003, da ihm, wie kaum zu bestreiten, eine dauernde Vermögensverwaltung anvertraut ist.

Wenn — aber die Richtigkeit dieser Voraussetzung muß ich ernstlich bezweifeln.

Der Honorarvertrag ist nichts weiter, als ein besonders gearteter Mandatsvertrag. Er enthält ein uneigentliches, weil entgeltliches Mandat (pr. G. B. § 1174). Könnte hierüber noch ein Bedenken obwalten, so würde es durch den klaren Wortlaut des § 1179 Abs. 2 gehoben. Hier in dem Kapitel vom Mandat ist gesagt, daß die Uebertragung einer Arbeit oder Geschäftsbesorgung in einen Lohndienst-, Speditions-, Kommissions- oder Honorarvertrag übergehe, sobald dafür ein Entgelt entweder ausdrücklich verabredet oder nach den Umständen als gewollt anzunehmen ist. Folglich kommt die Regel des § 1174 zur Geltung, wonach der Beauftragte für jeden verschuldeten Schaden aufzukommen hat, auch wenn die Fahrlässigkeit eine geringe ist. Zu allem Ueberfluß spricht dieß § 1179 Abs. 3 ausdrücklich aus:

> In diesen Fällen (d. h. der entgeltlichen Geschäftsbesorgung) wird die Haft des Beauftragten nicht durch die Rücksicht auf seine persönlichen Eigenschaften gemildert.

Dabei wird auf § 1174 verwiesen.

Man könnte die Anwendung des § 1003 dadurch zu retten suchen, daß man sagt, die Vorschrift des § 1179 Abs. 3 beziehe sich nicht auf dauernde Vermögensverwaltungen. Es ließe sich dafür der immerhin beachtenswerthe Grund anführen, daß nach der entgegengesetzten Auslegung für die Geltung der letzten Ausnahme des § 1003 kaum ein Raum bliebe, da das Maß der Haftung für die unentgeltliche Vermögensverwaltung in § 1174 geregelt sei. Indeß scheint mir gewagt, in die bestimmte Vorschrift des § 1179 Abs. 3 eine Unterscheidung hineinzutragen, welche weder hier noch in dem bezogenen § 1174 einen Anhaltspunkt findet, wenn ich auch einräumen will, daß für solch verschiedenes Maß der Verantwortlichkeit ein guter gesetzgeberischer Grund nicht fehlen würde.

4. Einfluß der kollegialen Verfassung des Direktoriums und der weiteren Vorsteherschaft auf die Haftung der einzelnen Mitglieder.

§ 23.

Sowohl das Direktorium als die weitere Vorsteherschaft besteht aus einer Mehrheit von Mitgliedern. Sie üben ihre *Befugnisse* durch Mehrheitsbeschlüsse aus und handeln dabei als Ganzes, als Kollegium. Dagegen liegen die *Pflichten* dem Einzelnen ob; *er* hat sie durch die Annahme der Wahl übernommen, nicht das Kollegium. Daher kann auch die Verletzung der Pflichten *nur von den einzelnen Mitgliedern* ausgehen, nicht von dem Kollegium. Und dem entsprechend wird auch die Verantwortlichkeit nur für den Einzelnen begründet. (Uebereinstimmend das *Berner Gutachten* S. 21).

Aus dieser Lage der Sache entspringen aber mehrfache Zweifel.

I. Haften sämmtliche Mitglieder einer jeden Behörde?

II. Wenn ja, in welchem Maße? Jeder auf das Ganze oder nur antheilsweise?

III. Kann jeder Haftbare in erster Linie in Anspruch genommen werden oder steht Einigen die Einrede der Vorausklage zu Gebote?

Zu I.

Aus den vorausgeschickten Bemerkungen folgt, daß nur diejenigen Mitglieder eines Kollegiums der Haftung unterliegen, welchen in Betreff des eingetretenen Schadens eine Verschuldung zur Last fällt. Nur kann die Schuld nicht blos in einer positiven Handlung, sondern auch in einer Unterlassung, einem Versäumniß bestehen; bei den Mitgliedern eines Kollegiums insonderheit in der unzureichenden Ueberwachung des Verfahrens eines Kollegen. Findet ein Vorstandsmitglied die Verfügung eines andern Mitgliedes statutenwidrig oder gefährlich, so hat es die Pflicht, dagegen Widerspruch einzulegen und darüber einen Beschluß der Gesammtheit zu veranlassen. Durch Beobachtung dieser Obliegenheit erwirbt es sich Freiheit von Haftung, auch wenn seine Meinung dem Mehrheitsbeschluß erliegt. Denn, wo keine Pflichtverletzung, da keine Haftung.

Zu II.

Eine gemeinsame Verschuldung kann vorliegen, ohne daß sie eine gleiche ist. Sowohl derjenige, welcher die Verfügung träfe, als der Andere, welcher sie hindern konnte und nicht gehindert hat, haben ihre Pflicht verletzt und den Schaden verschuldet. Jeder haftet, aber wie?

Einer natürlichen Betrachtung entspricht, einem Jeden die Haftung für den ganzen Schaden zu überbinden, wenn Jeder ihn ganz verschuldet hat. Dieß ist aber der Fall, wenn Jeder durch Erfüllung seiner Pflicht ihn vollkommen abwenden konnte.

Eine solche Gestaltung des Schuldverhältnisses ist dem privatrechtlichen Gesetzbuch nicht unbekannt (§ 935 lit. a). An der Annahme einer Solidarschuld könnte nur die allgemeine in § 936 ausgesprochene Vermuthung irre machen, und wirklich haben sich dadurch die Verfasser des Berner Gutachtens (S. 22) bestimmen lassen, eine Gesammtschuld der mehreren Pflichtigen im Sinne des § 935 lit. b zu unterstellen. Dafür ließe sich noch auf die obergerichtliche Praxis berufen, wonach die gemeinsame Haftung der Streitgenossen für Prozeßkosten, Entschädigung und Deserviten nur eine Gesammtschuld bildet (Ullmer Präjudiz Nr. 1458).

Allein für unsern Fall ist die Anwendung jener allgemeinen Vorschrift durch eine besondere Bestimmung ausgeschlossen.

§ 1176 des pr. G. B. sagt u. A.:

> Wenn mehreren Personen gemeinsam derselbe Auftrag geworden ist, so haben sie bei Erfüllung desselben zusammen zu wirken und sind auch zusammen für das Ganze verpflichtet. Jede von ihnen kann aber von dem Auftraggeber auf Rechnung und Herausgabe des Ganzen belangt werden, und ihr bleibt es überlassen, ihre Genossen herbeizuziehen. Indessen hat, was Einer allein verschuldet hat, er auch allein zu ersetzen.

Daß der Rechtssatz des § 1176 eine Solidarschuld begründen will, ergibt die Vergleichung mit § 943 in unzweideutiger Weise.

Fällt aber die Verpflichtung der Direktions- und Vorsteherschaftsmitglieder unter § 1176?

Es wurde oben nachgewiesen, daß jeder Einzelne von ihnen zum Aktienverein im Mandatsverhältniß steht (§§ 15 u. 16). Die Gemeinsamkeit des Auftrags liegt aber für die Mitglieder eines Kollegiums, welches an sich berufen ist in seiner Gesammtheit zu handeln, klar zu Tage.

Wer indeß den Mandatsstandpunkt nicht theilt, wird doch beim Mangel bestimmter Vorschriften die analoge Anwendung der Mandatsgrundsätze nicht abweisen können. In der That hat sich bereits das Obergericht in einem verwandten Fall für diese Ansicht entschieden. (Ullmer Präjudiz Nr. 1848).

Einen mildern Grundsatz stellt freilich das privatrechtliche Gesetzbuch für die Haftung der Mitglieder einer Vormundschaftsbehörde auf (§ 400). Allein daß hier eine Gleichheit

der Verhältnisse, die Grundlage jeder Analogie nicht vorliegt, wird sofort zu III gezeigt werden.

Es folgt mithin: Jedes Mitglied der beiden Behörden haftet dem Aktienverein für den ganzen Schaden, vorausgesetzt daß er auch von Jedem verschuldet ist. Der Geschäftsherr hat die Wahl, ob er nur einen der Solidarschuldner und welchen oder ob er mehrere oder alle zugleich betreiben will (§ 940). Es steht dem Belangten frei, seine Mitschuldner zur verhältnißmäßigen Betheiligung bei der Zahlung anzuhalten (§ 1176 mit § 943). Nur darf darunter die volle Befriedigung des Gläubigers nicht leiden.

Zu III.

Nach der oben geschilderten Organisation theilt sich die Vorsteherschaft bei Leu und Comp. in das Direktorium und in die weitere Vorsteherschaft, und das erstere selbst wieder in mehrere Kommissionen, von denen die eine, die Finanzkommission, im gegenwärtigen Fall ganz besonders in Betracht kommt, weil als deren Mitglied Hr. Escher-Bodmer die schädigenden Verfügungen getroffen hat.

Nach dem Sprichwort „je näher dem Schaden, desto näher der Haftung" liegt die Meinung nahe, daß auch bei gemeinsamer Verschuldung und darauf sich gründender Verantwortlichkeit sämmtlicher Vorsteher der Aktienverein die Ersatzpflichtigen nur in nachstehender Reihenfolge belangen könne: 1) das zweite Mitglied der Finanzkommission; 2) die übrigen Mitglieder des Direktoriums; 3) die Mitglieder der weiteren Vorsteherschaft, welche nicht dem Direktorium angehören.

Was das Verhältniß von 1) und 2) anlangt, so ist bereits hervorgehoben, daß die innerhalb der Direktion getroffene Geschäftsvertheilung, weil den Statuten fremd und lediglich auf einer Anordnung der Direktion selbst beruhend, den Rechten des Vereins überhaupt keinen Eintrag zu thun, auch nicht die prinzipale Haftung aller Direktionsmitglieder aufzuheben vermag (§ 14). Man darf dagegen nicht geltend machen, daß die Vertheilung der Geschäfte an Kommissionen für die ordentliche Vertretung des Aktienvereins keine unbekannte Thatsache war und deßhalb als von ihm stillschweigend genehmigt anzusehen ist. Denn dieß auch angenommen, so würde es doch gegen zweifellose Rechtsgrundsätze verstoßen, wenn man der stillschweigenden Billigung der fraglichen Einrichtung einen Verzicht des Vereins auf die prinzipale Verantwortlichkeit aller Direktoren unterlegen wollte (Ebenso das Berner Gutachten S. 21 unten).

Ich kann aber auch für eine subsidiäre Haftung der Mitglieder der weiteren Vorsteherschaft einen Anhaltspunkt in den Gesetzen nicht finden.

Will man betonen, daß zwischen Direktorium und Vorsteherschaft keine Gemeinsamkeit des Auftrags vorlag, daß die Einen zur unmittelbaren Geschäftsleitung, die Andern zur bloßen Ueberwachung berufen waren, so ist, die Richtigkeit dessen auch vorausgesetzt, nicht abzusehen, warum dieser Umstand die Verantwortlichkeit jeder Behörde d. h. ihrer Mitglieder

gegenüber dem Aktienverein abschwächen soll, so lange feststeht, daß der schädliche Erfolg nur durch die Pflichtversäumniß Aller möglich wurde.

Allerdings kennt das privatrechtliche Gesetzbuch eine Reihenfolge der Haftung für das Verhältniß der vormundschaftlichen Organe des Vogts, der Mitglieder des Waisenamts und der Mitglieder des Bezirksraths (§ 409). Auch soll nicht verkannt werden, daß zwischen den vormundschaftlichen Behörden und den Behörden einer Aktiengesellschaft mannigfache Aehnlichkeit besteht. Allein die analoge Uebertragung einer so positiven Bestimmung, wie sie § 409 enthält, ist durch eine Gleichheit der Verhältnisse bedingt. Nun tritt aber bei genauerer Betrachtung zwischen der Stellung der weiteren Vorsteherschaft gegenüber dem Direktorium und der Stellung der Waisenbehörden gegenüber dem Vogt eine erhebliche Verschiedenheit hervor, welche gerade für die gegenwärtige Frage von Belang ist. Unter den Gründen zur Rechtfertigung der in § 409 aufgestellten Stufenfolge führt Bluntschli auch die Ausdehnung der Verantwortlichkeit der Vormundschaftsbehörden mit Bezug auf die Zahl der möglichen Fälle an. „Je entfernter die Behörde, desto größer der Kreis der Vormundschaftsverwaltung und desto zahlreicher die Fälle, in welchen eine Ersatzpflicht zur Sprache kommen kann, wodurch diese, wenn sie nicht im umgekehrten Verhältnisse stände, unerträglich gesteigert würde." Nun ich brauche kaum zu sagen, daß dieser Grund auf das Verhältniß von Direktorium und weiterer Vorsteherschaft durchaus nicht zutrifft. Der Kreis der Verwaltung ist hier wie dort derselbe, und mit welchem Rechte vermöchte man zu behaupten, daß das Direktorium dem Aktienverein näher stehe als die weitere Vorsteherschaft?

Die gleiche Behandlung der Mitglieder beider Behörden entspricht auch den thatsächlichen Verhältnissen des vorwürfigen Falls ungleich mehr als eine Abstufung. Der Allen zur Last kommende Fehler liegt nicht in der Nichtkenntniß eines Umstands, der bei genauer Aufmerksamkeit nicht hätte entgehen können, sondern in der Unterlassung jedes Einschreitens gegen ein Mitglied der Direktion, dessen Verfahren den Mitgliedern der weiteren Vorsteherschaft nicht minder bekannt war als den sämmtlichen Direktoren. Wäre Jenes der Fall, so ließe sich allerdings rechtfertigen, die mit der unmittelbaren Verwaltung betrauten Personen einer gröberen Unachtsamkeit und Pflichtversäumniß zu zeihen. So aber, da Alle gleich viel und gleich wenig gewußt und gethan haben und gleich viel wissen und thun konnten — ich erinnere nur an die Anordnung vom 16. Mai 1866, daß für jeden Monat zwei Mitglieder, eines aus der engeren, eines aus der größeren Vorsteherschaft ernannt werden sollen, um sich in gutfindender Weise über den Geschäftsgang zu unterrichten u. s. w., ferner an die Einrichtung der monatlichen Uebersichten über den Stand des Geschäfts, an die übliche Abwechslung in der Wahl der Censoren — bei dieser Lage der Umstände sage ich, ist es weder gerecht noch billig, daß Einer auf den Andern die Verantwortung abwälzen und einwenden darf: ich habe zwar meine Schuldigkeit nicht erfüllt, wodurch ich den Schaden hätte verhüten können, allein du hättest vor mir handeln sollen.

5. Einfluß des Wechsels der Mitglieder der Behörden auf die Haftfrage.

§ 24.

Statutengemäß findet bei Leu und Comp. jährlich eine theilweise Erneuerung der Vorsteherschaft statt (Stat. § 15 Abs. 1). Diese Einrichtung hat seit dem Bestand der Gesellschaft in ihrer jetzigen Gestalt und auch in den letzten sieben Jahren zu einigem wenn auch keineswegs vollständigem Wechsel in den Personen der Vorstandsmitglieder geführt. Immerhin erwächst hieraus ein neuer Zweifel über die Haftung, selbst wenn man darüber zu einem abschließenden Urtheil gelangt ist, daß Alle, welche seit dem Beginn des gefährlichen Geldverkehrs zwischen Leu und Comp. und Hrn. Escher-Bodmer Mitglieder der Vorsteherschaft waren, sich einer Verletzung der ihnen obliegenden Sorgfalt schuldig gemacht haben.

Allerdings nicht in Ansehung der aus der Behändigung von Eigenwechseln erwachsenen Einbuße. Denn jeder Wechsel begründet eine selbständige Schuld, deren Entstehung in einen bestimmten Zeitpunkt fällt. Die Verantwortlichkeit hiefür kann, wenn sie überhaupt begründet ist, sich nur auf diejenigen Personen erstrecken, welche zur Zeit der Ausstellung des betreffenden Wechsels der Vorsteherschaft angehörten.

Wohl aber bei dem Verlust aus dem Kontokorrentverkehr.

Die sog. laufende Rechnung ist ein dauerndes Kreditverhältniß. Formell (juristisch) findet dasselbe in gewissen Perioden (jährlich oder halbjährlich) einen Abschluß; sachlich (ökonomisch) zieht es sich als ein einheitliches Ganze von seiner Eröffnung bis zum völligen Abbruch hin. Reste aus voriger Rechnung werden in die neue herübergenommen. Dabei findet noch die Eigenthümlichkeit statt, daß während der Rechnungsperiode keine einzelne Leistung zur Tilgung einer bestimmten Schuld dient, sondern nur einen Posten in der Reihe sämmtlicher Gutmachungen des leistenden Theils bildet, und daß nur beim periodischen Rechnungsabschluß mit der Summe der letztern aufgerechnet wird gegen die Summe der ihnen gegenüberstehenden Gutmachungen des andern Theils.

Kann man nun bei solcher Gestalt der Dinge für den Passivsaldo, welcher sich am 15. März 1871 zu Lasten von Escher-Bodmer ergab, ausschließlich die Vorstandsmitglieder des damals laufenden Verwaltungsjahres verantwortlich machen? Oder haften auch deren Vorgänger?

Wenn diese Frage bejaht werden muß: wie weit zurück erstreckt sich die Haftbarkeit? und in welchem Maßstabe können die Vorsteher eines jeden Verwaltungsjahres zur Mittragung herangezogen werden?

Wir stehen hier an dem schwierigsten und zweifelhaftesten Punkt in der Beurtheilung dieser auch sonst nichts weniger als einfachen Rechtssache. Doch scheiden wir das Gewisse vom Ungewissen aus.

Der Kontokorrentverkehr zwischen Leu und Comp. und Escher-Bodmer, welcher

schließlich zu dem für die Erstern so nachtheiligen Ausgang führte, begann im Frühjahr 1865. Allerdings bestand schon früher zwischen beiden ein Rechnungsverhältniß. Dasselbe hatte aber einen ganz andern Charakter (vgl. § 3) und fand bereits im Jahr 1864 seinen Abschluß. Hieraus folgt, daß die Mitglieder der Vorsteherschaft aus der Zeit vor 1864/65 außer Verantwortung für den gegenwärtigen Schaden stehen.

Die aufgeworfenen Zweifel betreffen daher nur die Haftung der Vorstandsmitglieder dieses und der folgenden Verwaltungsjahre bis 1870/71.

Zur Erleichterung des Urtheils will ich vorerst die Gründe zusammenstellen, welche sich für die beiden entgegengesetzten Meinungen geltend machen lassen, und darauf diejenige Ansicht entwickeln, welche mir als die richtige erscheint.

§ 25.

1. Für die ausschließliche Behaftung der letztjährigen Vorstandsmitglieder kann angeführt werden.

Jeder Ersatzanspruch ist durch einen wirklichen Schaden bedingt. Der Schaden stammt im vorliegenden Fall aus der Zahlungsunfähigkeit des Hrn. Escher-Bodmer. Diese ist aber erst im März 1871 eingetreten. Daß der Kredit bis zu diesem Zeitpunkte gewährt wurde, hat die jetzige Einbuße verursacht. Oder wer wollte nachweisen, daß beim Abbruch des Verkehrs am Beginn des Verwaltungsjahres 1870/71 Leu und Comp. nicht zu ihrer vollständigen Befriedigung gekommen wären?

Auch sind seit dem Schluß der frühern Verwaltungsjahre von Hrn. Escher-Bodmer so bedeutende Summen an die Kasse von Leu und Comp. abgeliefert worden, daß die Passivsaldi aus dieser Zeit völlig getilgt sind.

Die Vorsteher von 1864/65 können sich darauf berufen, daß am Schluß ihrer Verwaltung Hr. Escher-Bodmer nicht nur nicht Schuldner von Leu und Comp. war, sondern mit einer erheblichen Summe als Gläubiger erschien. Sie können ferner betonen, daß nicht die vorübergehende Eröffnung der laufenden Rechnung eine Gefahr in sich barg, sondern der von ihnen nicht verschuldete Umstand, daß man die laufende Rechnung von Leu und Comp. mit Hrn. Escher-Bodmer zur stehenden Einrichtung werden und sich in Summen bewegen ließ, welche das anfängliche Maß weit überstiegen. Sollten sie auch verantwortlich sein, wenn ihre Nachfolger den Kredit auf 20 und 30 Millionen hätten anwachsen lassen?

Den letztern Entlastungsgrund können zum Theil auch die Vorsteher von 1865/66 und 1867/68 für sich in Anspruch nehmen, da sich am Schlusse ihrer Verwaltungsjahre die Kontokorrentschuld des Hrn. Escher-Bodmer niedriger stellte, als am 15. März 1871.

2. Für die Behaftung sämmtlicher Vorstandsmitglieder seit 1864/65 läßt sich vorbringen.

Die Abrechnung des Kontokorrentverkehrs war, zumal nachdem derselbe längere Zeit unangefochten bestanden, ungleich schwieriger und mit mehr Gefahr für beide Theile verknüpft,

als die Nichteröffnung oder dessen frühzeitige Lösung. Die Unterlassung der Verwaltungsmitglieder von 1870/71 ist daher gewiß minder schuldhaft als das Verhalten ihrer Vorgänger. Berufen diese sich für ihre Befreiung von der Haftung auf den Mangel einer Schädigung, so können jene mit eben soviel Recht für sich geltend machen, daß sie nichts verschuldet. Dieß um so gewisser, als das Kontokorrentguthaben von Leu und Comp. an Escher-Bodmer seit dem 1. November 1870 bis zum 15. März 1871 um beiläufig ein Fünftheil gemindert wurde, mithin während des Verwaltungsjahres 1870/71 Redliches geleistet wurde, um das üble Vermächtniß aus der Vorzeit zu beseitigen.

Die gegenwärtige Einbuße von Leu und Comp. hat ihren Grund in der Eröffnung des ungedeckten Kredits und in der Duldung desselben während der Folgezeit. Es ist willkürlich, hier nach Rechnungsjahren zu trennen; willkürlich, die eingegangenen Summen auf die Saldi aus den früheren Jahrgängen abzurechnen; willkürlich endlich, den jeweiligen Stand am 31. Oktober jeden Jahrs zu Grunde zu legen, da es auf Zufall beruht, wenn Herr Escher-Bodmer gerade an diesem Zeitpunkte erhebliche Ablieferungen gemacht hatte.

§ 26.

So die Beleuchtung der Sache vom Parteistandpunkt. Was ist Rechtens? Fast gewinnt es den Anschein, als ob Keiner haftete, weil Alle schuldig sind. Doch dem ist nicht so.

Wir dürfen nicht aus dem Auge verlieren, daß jede Schadenersatzpflicht eine objektive und eine subjektive Voraussetzung hat: objektiv einen wirklichen Schaden, subjektiv eine Verschuldung des zu Belangenden.

Um mit dem letztern Erforderniß zu beginnen, so unterliegt keinem Zweifel, daß alle Vorsteher von 1864/65 an eine Verschuldung auf sich geladen haben, wenn überhaupt in der Zulassung der oben geschilderten Geschäftspraxis, woraus der Kontokorrentverkehr zwischen Leu und Comp. entstand und sich fortdauernd erhielt, eine schuldhafte Handlungsweise liegt; die Einen, weil sie dieselbe aufkommen, die Andern, weil sie dieselbe bestehen ließen.

Es ist ferner zweifellos, daß ein Verwalter für einen unbefriedigt gebliebenen Kreditposten verantwortlich gemacht werden kann — eine fahrlässige Kreditgewährung vorausgesetzt — sowohl wenn derselbe unter seiner Verwaltung entstanden ist, als wenn er, aus früherer Verwaltung herrührend, von ihm, wie doch möglich gewesen, nicht rechtzeitig eingezogen wurde. Das Obergericht hat beide Grundsätze für das verwandte Verhältniß auf einander folgender Vormünder anerkannt. Es hat ausgesprochen:

1) „Die Behauptung eines gewesenen Vormunds, die späteren Vormünder haben nichts gethan, um den durch seine fehlerhafte Handlungsweise herbeigeführten Schaden abzuwenden, ist nicht geeignet, den Ersteren von seiner Ersatzpflicht zu befreien, indem er sich darauf nicht mit Erfolg berufen kann, daß die spätern Vögte auf die Verwaltung des Vermögens des Mündels größere Sorgfalt und Thätigkeit als er selbst hätten verwenden und die von ihm begangenen Fehler wieder gut machen sollen" — und

2) „Der Vogt kann sich dem Vögtling gegenüber darauf nicht berufen, daß es schon ursprünglich ein Fehler des damaligen Vogts oder der damaligen Mitglieder der Vormundschaftsbehörde gewesen sei, das betreffende Geld unversichert darzuleihen, da er während seiner eigenen Verwaltung die ihm durch § 21 c des Vormundschaftsgesetzes obgelegene Pflicht nicht erfüllt hat." (Vgl. Ullmer Präjud. Nr. 540 u. 541).

Die Sache würde sich demnach einfach erledigen lassen, wenn nur ein einzelner Kreditposten in Frage wäre. Das ist aber nicht der Fall. Gleichwohl weisen die angeführten Rechtsgrundsätze auch hier den Weg, nur ist Folgendes zu berücksichtigen.

Es wurde früher angeführt, daß bei einer laufenden Rechnung während der Rechnungsperiode keine Tilgungen gemacht werden, daß sich einstweilen nur Guthaben der beiden Geschäftsfreunde gegenüberstehen und daß erst in der Abrechnung das Tilgungsgeschäft liegt. Deßungeachtet hat jeder Vertragstheil in den Guthaben des andern eine Deckung, welche ihm nicht mehr entzogen werden kann. Der jeweilige Kredit ist daher nur gleich dem Ueberschuß des Soll über das Haben. Das privatrechtliche Gesetzbuch drückt diesen Rechtssatz so aus:

> Im Handelsverkehr versteht sich, soweit die Uebung des Kontokorrents reicht, die Kompensation von selbst (§ 1053).

Hieraus folgt, daß die Vorsteher eines jeden Verwaltungsjahrs nur für den Saldo haftbar gemacht werden können, welcher beim Schluß dieses Jahres zu Gunsten der Gesellschaft sich ergab. Denn jede weitere Kreditgewährung ist durch die eingegangenen Deckungen unschädlich geworden.

§ 27.

Die Vorsteher von 1864/65 überlieferten die Rechnung zwischen Leu und Comp. und Hrn. Escher-Bodmer ihren Nachfolgern mit einem Ueberschuß zu Gunsten des Letztern. Ich gehe dabei von der Richtigkeit der im Direktorialbericht vom 30. März 1871 S. 4 gegebenen Sachdarstellung aus, welche gegen erhobene Bemänglung von der Abwehr zu Nr. 73 und 74 in Schutz genommen wird. Unter dieser Voraussetzung stehen die Vorsteher von 1864/65 außer Haftung. Man mag den Stand des Rechnungsverhältnisses am 31. Oktober 1865 einen Zufall nennen und den Vorstehern jedes Verdienst daran absprechen. Seine Majestät der Zufall, wie ihn ein geistvoller Fürst betitelte, spielt auch in den Rechtsverhältnissen eine nicht unwichtige Rolle. Es ist Zufall, wenn ein Gläubiger von seinem überschuldeten Debitor gerade vor Thorschluß d. h. vor Eröffnung des Konkurses noch vollkommene Befriedigung empfängt, während seine Mitgläubiger im Gantverfahren wenig oder nichts erhalten (pr. G. B. § 1020). Es ist Zufall, wenn der Verkäufer bei Ausbruch des Konkurses über seinen Käufer die bestellte Waare noch nicht überliefert hat, so daß dieselbe nicht in die Masse fällt (§ 646) u. s. w.

§ 28.

Alle folgenden Jahresrechnungen schließen mit Passivsaldi zu Lasten des Hrn. Escher-Bodmer, wenn auch von ungleichen Beträgen. Sind diese Rückstände durch die späteren Gutmachungen des Schuldners getilgt worden? Der Beantwortung dieser Frage soll folgende Betrachtung den Weg bahnen.

Wenn ein Gläubiger gegen dieselbe Person mehrere gleichartige Forderungen hat, so werden nach römischem Recht Abzahlungen, welche ohne Bezeichnung der damit zu tilgenden Schuld geleistet werden, in Ermanglung anderer Anhaltspunkte zuerst auf die ältere Forderung angerechnet, auf gleichalterige Forderungen aber verhältnißmäßig vertheilt (L. 5 pr. L. 8. L. 24. L. 97 Dig. de solut. 46, 3). Da diese Entscheidung ganz und gar aus der Natur der Sache geschöpft ist, so darf sie auch für das Zürcher-Recht als maßgebend erachtet werden, das über diesen Punkt eine Vorschrift nicht enthält. Die Aeußerung Bluntschli's im Kommentar zu § 1048 Anm. 3 bezieht sich nicht auf unsern Fall.

Bei einer laufenden Rechnung stehen sich sämmtliche Posten einer Rechnungsperiode als gleichalterige gegenüber. Zu ihnen gehört auch ein Saldo aus dem Vorjahr, welcher auf neue Rechnung übertragen wurde. Wenn nun diese Rechnung gleichfalls mit einem Saldo zu Lasten des früheren Schuldners abschließt, so erscheint auch jetzt der Saldo aus dem ersten Jahr nicht vollständig getilgt. Er geht also auf den ungedeckten Betrag in die Rechnung des nun folgenden Jahrs über, freilich in Verbindung mit dem Rechnungsrückstand, welcher seine Entstehung in Wirklichkeit erst in dem unmittelbar vorhergehenden Jahr erlangt hat. Der Saldo, welcher hier rechnerisch als Ein Posten vorgetragen wird, zerfällt juristisch in zwei, möglicherweise in drei und mehr Posten, sämmtlich aus Saldi früherer Jahre herrührend. Diese Fortvererbung, wenn ich mich so ausdrücken darf, endigt erst mit vollständiger Abgleichung der Rechnung zwischen den beiden Vertragstheilen oder mit einem Rechnungsabschluß, welcher einen Ueberschuß zu Gunsten des bisherigen Saldo-Schuldners ergibt.

Ein Beispiel mag die vorgetragene Ansicht verdeutlichen, wofür ich mich zwar an den vorliegenden Fall anschließe, aber mit Einstellung willkürlicher Summen.

Der Passivsaldo des Hrn. Escher-Bodmer von 1865/66 soll betragen Fr. 1,000,000; die Summe der neuen Kreditposten aus 1866/67 (d. h. das Soll abzüglich des Saldo vom Vorjahr) Fr. 6,000,000; die Gutmachungen (das Haben) des Hrn. Escher-Bodmer in diesem Jahr Fr. 4,000,000.

Von dieser letztern Summe würde nach den entwickelten Grundsätzen $^1/_7$ oder Franken 571,428$^4/_7$ als Deckung auf den Rückstand von 1865/66 entfallen, $^6/_7$ oder Fr. 3,428,571$^3/_7$ würden die neuen Kreditposten mindern.

Sonach gingen in die Rechnung von 1867/68 über:

a. als Rückstand aus 1865/67 Fr. 1,000,000 — 571,428$^4/_7$ = 428,571$^3/_7$;

b. als Rückstand aus 1866/67 Fr. 6,000,000 — 3,428,571$^3/_7$ = 2,571,428$^4/_7$.

Thatsächlich würden freilich diese beiden Posten in der Rechnung von 1867/68 nur als Passivsaldo aus 1866/67 zu Fr. 3,000,000 erscheinen.

Runden wir zur Erleichterung der Rechnung die vorstehenden Differenzsummen ab und zwar die ad a. auf 400,000, die ad b. auf 2,500,000, und nehmen wir weiter an, die Kreditposten in 1867/68 hätten betragen Fr. 3,000,000, die Gutmachungen Fr. 4,000,000, so würden sich mindern:

a. der Rückstand aus 1865/66 um Fr. $\frac{4,000,000}{59} \times 4 = 271,186 \frac{26}{59}$

b. der Rückstand aus 1866/67 um Fr. $\frac{4,000,000}{59} \times 25 = 1,694,915 \frac{15}{59}$

c. die Summe der neuen Kreditposten um Fr. $\frac{4,000,000}{59} \times 30 = 2,033,898 \frac{18}{59}$

Mithin betrüge der in die Rechnung von 1868/69 übergehende Rückstand aus 1865/66 nur mehr Fr. $400,000 - 271,186 \frac{26}{59} = 128,813 \frac{33}{59}$

der aus 1866/67: Fr. $2,500,000 - 1,694,915 \frac{15}{59} = 805,084 \frac{44}{59}$ u. s. f., u. s. f.

Wird die gezeigte Rechnung bis zum Abbruch des Verkehrs (15. März 1871) fortgeführt, so gewinnt man die Summen, für welche die Vorsteher eines jeden Jahrgangs von dem Aktienverein — ihre Verschuldung vorausgesetzt — auf Ersatz in Anspruch genommen werden können. Unter den Vorstehern eines jeden Verwaltungsjahrs tritt aber für die auf ihren Jahrgang entfallende Summe solidarische Haft ein (vgl. oben § 23).

Mit andern Worten:

1. Die Vorsteher eines jeden Verwaltungsjahrs haben eine Haftpflicht nicht über den Betrag des am 15. März 1871 noch ungedeckten Rückstands aus ihrer Amtszeit. Der Betrag ergibt sich aus der eben geschilderten Vertheilung der Gutmachungen des Herrn Escher-Bodmer.
2. Die Vorsteher jedes einzelnen Jahrs haften für den noch ungedeckten Rückstand aus ihrer Amtszeit dem Aktienverein solidarisch.

§ 29.

Die vorstehende Entscheidung der Haftfrage fußt allein auf festem juristischem Boden. Vielleicht möchte man einwenden, daß durch die periodische Abrechnung und deren beiderseitige Anerkennung das Rechtsverhältniß unter den Parteien eine neue rechtliche Grundlage empfange, so daß unzulässig erscheine, innerhalb eines Saldo noch einzelne Forderungen nach ihrem Ursprung zu unterscheiden. Dabei würde aber übersehen, daß das Zurückgehen auf die ursprünglichen Forderungen durch die im Abrechnungsgeschäft liegende Neubegründung besten Falls nur für diejenigen Personen abgeschnitten wird, zwischen denen die Abrechnung stattfindet, nicht im Verhältniß zu Dritten, als welche vorliegend die Vorsteher erscheinen.

III. Die Haftung der Vorsteher und des Verwalters von Leu und Comp. für den durch die Zahlungsunfähigkeit des Hrn. Escher-Bodmer eingetretenen Schaden.

§ 30.

Die im Abschnitt II gepflogenen Erörterungen hatten zum Zweck, die Rechtsgrundsätze festzustellen, nach welchen sich die Haftung der Organe einer Aktiengesellschaft überhaupt und der von Leu und Comp. insonderheit für verursachten Schaden regelt. Damit ist der Boden vorbereitet für die Beantwortung der Hauptfrage, welche die ganze Untersuchung in's Leben gerufen hat, der Frage:

ob in dem zur Beurtheilung stehenden Fall die Vorsteher oder der Verwalter von Leu und Comp. ein Verhalten beobachtet haben, welches sie rechtlich zum Ersatz der dem Aktienverein zugehenden Vermögenseinbuße verpflichtet.

Nachdem wir gefunden haben, daß die Verantwortlichkeit der Direktoren und der Mitglieder der weiteren Vorsteherschaft im Wesentlichen unter denselben Rechtsgrundsätzen steht (§§ 18—51), daß aber die Verantwortlichkeit des Verwalters davon abweicht (§ 22), so kann die Haftpflicht sämmtlicher Vorsteher in einer gemeinsamen Betrachtung untersucht werden und ist nur für den Verwalter die Frage gesondert aufzuwerfen und zu beantworten.

Der Schaden, dessen Ersatz hier allein in Betracht kommen kann, führt sich auf zwei, und wenn man ihn sehr umfassend nimmt, auf drei Entstehungsgründe zurück: auf den Kontokorrentverkehr zwischen Leu und Comp. und Herrn Escher-Bodmer, auf die Aushändigung von Eigenwechseln und auf den Ankauf der 4000 Gesellschaftsaktien vom Staat.

Indem ich die Untersuchung über die Ersatzverbindlichkeit nach den angegebenen Gesichtspunkten scheide, glaube ich der Bildung eines sichern und klaren Urtheils wesentlich vorzuarbeiten und hoffe damit eine Grundlage zu gewinnen, sei es zur allseitigen Verständigung oder zur festen Auseinandersetzung mit den Andersdenkenden. Das stete Durcheinanderwerfen der verschiedenen Seiten der Verantwortlichkeit ist der gefährlichste Feind einer gerechten Würdigung.

A. Haftung der Mitglieder der engeren und weiteren Vorsteherschaft.

1. In Ansehung der Einbuße aus dem Kontokorrentverkehr.

§ 31.

Der Maßstab, mit welchem das Verhalten der Vorsteher zu messen ist, ergibt sich aus dem oben begründeten Satz:

Sämmtliche Vorsteher, die Direktoren eingeschlossen, sind nur dann für eine Benach-

theiligung der Gesellschaft verantwortlich, wenn ihnen hinsichtlich dieses Ereignisses eine Vernachlässigung der in ihren eigenen Angelegenheiten beobachteten Sorgfalt zur Last fällt.

Es mag daher das Verfahren derselben im vorliegenden Fall immerhin der Vorwurf unzureichender Aufmerksamkeit und nicht gerechtfertigten Vertrauens treffen, einer Haftung unterliegen sie nur dann, wenn in ihrem Verhalten entweder eine kaum erhörte Nachlässigkeit oder eine Abweichung von derjenigen Aufmerksamkeit gefunden werden kann, welche sie ihren eigenen Angelegenheiten zuzuwenden gewohnt sind.

Dieß ist der Angelpunkt der rechtlichen Beurtheilung; darüber wird sich auch die „freie Würdigung" des Richters nicht hinwegsetzen können, so lange das Gesetz Gesetz und der Richter ein Vollstrecker des letzteren bleibt.

§ 32.

Am 15. März 1871 betrug das Kontokorrentguthaben von Leu und Comp. bei Herrn Escher die Summe von Fr. 2,547,937. 86 Rp. Da besondere Deckungen und Sicherheiten nicht vorliegen, so ist die Anstalt behufs ihrer Befriedigung ausschließlich an die Konkursmasse von Escher gewiesen. Wenn sich auch der Stand der Letzteren noch nicht völlig übersehen läßt, so ist doch jetzt schon gewiß, daß die Forderung von Leu und Comp. zum größeren Theil unbefriedigt bleiben wird. Die Schädigung der Gesellschaft ist demnach außer Zweifel.

Die Ersatzpflicht der Vorsteher für diese Einbuße wird, wenn ich dabei dem Berner Gutachten folgen darf, auf folgende Gründe gestützt:

1. daß überhaupt dem Direktionsmitglied, Herrn Escher-Bodmer für sehr **erhebliche** Summen ein **Kredit ertheilt** wurde;

2. daß dieser Kredit ein **ungedeckter** war (S. 9—13 mit S. 18—21).

Geht man von der Voraussetzung aus, daß im gegenwärtigen Fall eine gewöhnliche Krediteröffnung in laufender Rechnung vorliege, welche dem Sonderinteresse beider Theile dienen und dem Nachsuchenden insonderheit die Mittel zur Verfolgung seiner Privatzwecke verschaffen sollte, dann wären allerdings die schweren Vorwürfe gerechtfertigt, welche jetzt auf die Vorsteherschaft gehäuft werden. Dann wäre schwer begreiflich, wie man auf der einen Seite für hypothekarische Darlehen eine weitgehende Vorsicht üben und auf der andern Seite Millionen, ohne irgend eine Real- oder Personal-Sicherheit in der gefahrvollsten Weise einem einzigen Debitor anvertrauen kann, und „der Kontrast könnte greller nicht gedacht werden". Dann würde „in hohem Maße auffallend sein", daß für die in mäßigen Beträgen sich bewegenden Kredite eine Deckung gefordert und gegeben, und dagegen bei demjenigen Kredit, welcher an Bedeutung alle andern weit hinter sich ließ, von einer Deckung völlig abgesehen wurde.

Allein das Befremden, welches diese Betrachtung einzuflößen geeignet ist, wird — ich

sage nicht verschwinden, aber sich mindern, sobald man das Rechnungsverhältniß zwischen Leu und Comp. und Herrn Escher nach seinem Gehalt und nicht nach seinem Namen beurtheilt und die Umstände berücksichtigt, unter denen es entstanden ist und fortgedauert hat. Dann wird die Ueberzeugung Platz greifen, daß dasselbe

1. nichts weniger als eine Kreditgewährung im gewöhnlichen Sinn war und nichts weniger als den Privatvortheil des Herrn Escher bezweckte, wenn es gleich dazu ausgebeutet werden konnte und — leider ausgebeutet worden ist; daß ferner

2. die Anlegung der Gelder durch Vermittlung des Herrn Escher keineswegs blos und in erster Linie „dem erfreulichen Ertrag zu liebe" zugelassen wurde, sondern weil das zum ungestörten Betrieb des Geschäfts nothwendige verfügbare Kapital eine nutzbringende Unterbringung erheischte, sollte nicht der Anstalt ein wesentlicher Verlust erwachsen, und weil sich dafür durch Hrn. Escher eine Gelegenheit bot, die alle wünschbaren Vortheile gewährte oder zu gewähren schien.

§ 33.

Seit dem Frühjahr 1865 wurden alle bei der Kasse von Leu und Comp. eingehenden Gelder, welche nicht sofort anderweite Verwendung fanden, an Herrn Escher-Bodmer abgeliefert zu dem Zweck, damit sie derselbe für die Anstalt fruchtbringend, jedoch in der Weise anlege, daß sie jederzeit in kürzester Frist und in beliebigem Betrage der Verwaltung zur Verfügung gestellt werden könnten.

Der Charakter dieses Verhältnisses kennzeichnet sich namentlich durch folgende drei Punkte:

1. Der ganze Nutzen sollte in ungeschmälerter Weise der Anstalt zu gute kommen und bis auf den Centime verrechnet werden.

2. Rückzahlungen an die Kasse sollten nie unaufgefordert gemacht werden sondern nur auf Verlangen der Verwaltung nach dem Bedürfniß des Geschäfts.

3. Die für Rechnung von Leu und Comp. erworbenen Wechsel u. s. w. sollte Herr Escher in einem besondern Portefeuille bewahren und von seinem Geschäfte vollständig getrennt halten.

Diese Anordnungen wurden ausdrücklich nie zurückgenommen, die erste und zweite auch immer vollzogen, die dritte wenigstens eine Zeit lang beobachtet.

Die angeführten Thatsachen beweisen zur Genüge, daß Herr Escher der Anstalt nicht als ein Kontokorrentschuldner gegenüber stand, der für den Bedarf seines eigenen Geschäfts Gelder entnimmt und nach Thunlichkeit wieder zurückzahlt. Seine Stellung war vielmehr die eines Kommissionärs der Gesellschaft oder — wenn der Ausdruck anstößig sein sollte — eines Bankiers derselben, welcher die vorübergehende Anlegung ihrer Gelder vermittelte.

Um diesen Dienst zu erfüllen, mußte ihm die Baarschaft ausgeliefert und anvertraut werden. Darum eignete sich das Verhältniß zur Buchung als Kontokorrent und erschien

Herr Escher in der Jahresrechnung unter der Rubrik „diverse Debitoren". Es darf aber nicht übersehen werden, daß jener Ausdruck im Grunde nur ein Rechnungsverhältniß andeutet, mithin nur die formelle Seite eines Verkehrs bezeichnet, die materielle Grundlage aber unentschieden läßt.

Allerdings birgt sich darunter regelmäßig ein fortlaufendes Darlehnsverhältniß, weßhalb die Juristen die Eröffnung eines Kontokorrent schlechthin unter den Gesichtspunkt eines Darlehnsvorvertrags oder Darlehnsversprechens (pactum de mutuo dando, pr. G. B. § 1109) bringen. Allein diese materielle Natur des Kontokorrentverhältnisses ist nicht die einzig mögliche, der vorliegende Fall liefert den schlagendsten Beweis dafür.

Von dem Mißgriff, dem in Rede stehenden Rechnungsverhältniß die regelmäßige Eigenschaft eines Kredit- oder genauer Darlehnsverhältnisses zu unterstellen, haben sich auch die Verfasser des Berner Gutachtens nicht frei erhalten. Denn nur so erklärt sich, wie sie die Hauptanklage darauf stützen können, daß

1. einem Direktionsmitglied ein Kredit für sehr bedeutende Summen ertheilt wurde (S. 9 unten) und zwar gerade dem Leiter der finanziellen Operationen (S. 10), daß

2. Herr Escher als Direktionsmitglied dem Hrn. Escher als Privatperson einen unbeschränkten auf Millionen ansteigenden Kredit eröffnete, während manche Gesellschaftsstatuten die Darleihen an Mitglieder des Verwaltungsraths oder an den Verwalter ganz und gar untersagen (S. 10).

Nur so erklärt sich

3. daß Herr Escher fortdauernd mit den Darlehnsschuldnern der Gesellschaft, den hypothekarischen und Kontokorrent-Schuldnern zusammengestellt, und daß auffallend, ja räthselhaft gefunden wird, warum gerade er unter allen sich einer Ausnahmsbehandlung zu erfreuen hatte (S. 10—12).

Nun sind bereits in dem Direktionsbericht vom 30. März 1871 über die wahre Natur des Verhältnisses mit Escher-Bodmer genügende Erläuterungen niedergelegt. Die Besprechung und Abfertigung aber, welche dieselben im Berner Gutachten erfahren, beweisen, daß sich die Verfasser des Letzteren weder über das rechtliche Wesen eines Kontokorrentverhältnisses im Allgemeinen noch über die zur Beurtheilung stehenden Fragen insonderheit ein klares Verständniß verschafft haben. Oder wie könnte sonst den Direktoren die Behauptung unterstellt werden, sie hätten „die enormen Kontokorrentschulden des Herrn Escher nicht für solche angesehen"? Das konnten doch in der That die Direktoren Angesichts der Bücher von Leu und Comp. nicht sagen; das Gegentheil liegt sogar vor (Direktionsbericht S. 4—7). Was sie verneinen — und zu verneinen vollen Grund haben — das ist, daß Herrn Escher von Leu und Comp. ein Kredit eröffnet worden sei, dieses Wort in dem gewöhnlichen Sinn eines im Privatinteresse des Nachsuchenden gelegenen Borgens, eines Vorschußkredits genommen. Die Verfasser des Berner Gutachtens

stellen daher Eröffnung eines Kontokorrents mit Eröffnung eines Vorschußkredits auf eine Linie, sie vermengen Anvertrauen und Vorschießen, Kredit im weitern und Kredit im engern Sinn, Begriffe, die in der Geschäftswelt wie in der Jurisprudenz gleich scharf unterschieden werden*).

Daß die Verfasser des Berner Gutachtens den entscheidenden Punkt ganz verkannt haben, geht aus Folgendem hervor. „Dazu kömmt aber noch zweitens — heißt es auf S. 13 — daß die eigenthümliche Situation, in welcher sich Herr Escher als „„Besorger der merkantilischen Anleihen““ befand, für die Aktionäre gar nicht existirt. Die Jahresberichte an die Generalversammlung sagen kein Wort davon."

Wenn es sich darum handelt, ob ein bestimmter von den Verwaltern einer Aktiengesellschaft angebahnter oder geduldeter Verkehr an sich gerechtfertigt war oder nicht, so läßt sich doch die Sache in der That nicht mit der Bemerkung abthun: dieser Verkehr existirt für die Aktionäre nicht. Setzen wir, „der Besorger der merkantilischen Anleihen" wäre nicht Herr Escher-Bodmer, überhaupt kein Direktionsmitglied sondern ein außerhalb der Verwaltung stehender Bankier gewesen, und nehmen wir ferner an, die Gesellschaft hätte durch das Falliment dieses Bankiers eine Einbuße erlitten: könnte die Haftung der Verwaltungsmitglieder einfach darauf gestützt werden, daß dieser Bankier für die Aktionäre nicht existirt? Wäre dem so, dann wüßte ich nicht, warum man nicht noch weiter geht und die Ersatzansprüche lediglich damit begründet: nach den Einnahmen soll die und die Summe an Aktiven vorhanden sein, da nun der Bestand diese Summe nicht erreicht, so seid ihr Verwalter für die Differenz verantwortlich!

So leicht darf man sich die Sache denn doch nicht machen, am wenigsten, wenn es sich um den Ersatz von Millionen handelt. Die Fragen, von deren Beantwortung das Urtheil abhängt, sind vielmehr:

1) war der in Rede stehende Verkehr statutenwidrig?

2) liegt in der Zulassung dieses Verkehrs eine solche Verschuldung der Vorsteher, welche ihre Haftpflicht begründet?

Zur Betrachtung dieser Fragen will ich nunmehr übergehen.

§ 34.

War die Uebergabe der nicht sofort verwendbaren Baarschaft an Hrn. Escher-Bodmer behufs zinstragender Anlegung für Leu und Comp. in

---

*) Wir müssen noch immer bei den römischen Juristen in die Schule gehen. Paulus in L. 2 § 3 Dig. de reb. cred. 12, 1: Creditum ergo a mutuo differt, qua genus a specie (Kredit und Darlehen unterscheiden sich wie Gattung und Art). Ferner Scaevola in L. 4 Dig. ad S. C. Mac. 14, 6: Quia quod vulgo dicitur, filiofamilias credi non licere non ad verba referendum est. Die weitere Bedeutung von credere liegt zu Grunde in der bekannten Legaldefinition: Compensatio est debiti et crediti inter se contributio. Nicht jeder creditor ist ein Darlehensgläubiger.

Wechseln auf das In- und Ausland und in Hinterlagsgeschäften **statutenwidrig?**

Nicht Alles, was durch die Statuten nicht ausdrücklich erlaubt wird, ist statutenwidrig. Am Allerwenigsten bei Statuten, die sich einer so lakonischen Kürze befleißigen wie die von Leu und Comp.

Wir haben oben gesehen, daß die Vertheilung der der Direktion zukommenden Geschäftsleistungen an Kommissionen oder Ausschüsse in den Statuten nicht vorgesehen und gleichwohl nicht statutenwidrig ist.

Die Bereithaltung eines verfügbaren Kapitals zur Befriedigung unerwartet eintretender Bedürfnisse ist den Statuten unbekannt und — wer möchte sie statutenwidrig nennen?

Von Kontokorrenten schweigen nicht blos die Statuten von Leu und Comp., sondern auch so mancher anderer Anstalten, z. B. der Sparkasse in Zürich: sind sie deßhalb statutenwidrig?

Nun ich will die Zahl der Belege für einen an sich kaum zweifelhaften Satz nicht mehren, und zwar um so weniger als die vorübergehende Ausleihung von Geldern, für welche sich zur Zeit eine Verwendung in hypothekarischen Darleihen nicht findet, durch die Statuten von Leu und Comp. nicht nur nicht verboten sondern sogar vorgeschrieben ist.

> § 1 Abs. 1: „Andere Anleihen sollen nur vorübergehend und so lange sich auf obige Weise keine Geldverwendung findet, gemacht werden.“

Indem die Direktion bedacht war, die nicht sofort anderweit verwendbare Baarschaft nutzbringend anzulegen, hat sie die Statuten nicht verletzt sondern vollzogen.

War es nun statutenwidrig, daß sie sich dazu der Vermittlung des Hrn. Escher, ihres Mitglieds bediente? Und gebieten die Statuten ausdrücklich oder stillschweigend, daß solche Vermittlung, weil sie ein Anvertrauen bedingt, nur gegen genügende Deckung angenommen werden darf?

So lange Statutenwidrigkeit und sonstige Rechtswidrigkeit noch unterschieden werden, wird man nicht anstehen, die aufgeworfenen Fragen des Bestimmtesten zu verneinen? Hierüber ist m. E. ein ernstlicher Streit gar nicht möglich. Mehr über die Beantwortung der zweiten Hauptfrage, der ich mich jetzt zuwende.

§ 35.

Machten sich die Vorsteher von Leu und Comp. durch Zulassung des Verkehrs mit Hrn. Escher-Bodmer einer solchen Fahrlässigkeit schuldig, wie sie dieselbe in ihren eigenen Angelegenheiten nicht zu begehen pflegen?

Zur Beleuchtung dieser Frage muß ich auf die Entstehung des in Rede stehenden Verkehrs zurückkommen.

Es sind oben (§ 2) die Gründe angeführt worden, welche in der Kasse von Leu und

Comp. bedeutende Schwankungen verursachten, so daß gleich unvorhergesehen bald namhafte Einzahlungen stattfanden, bald ein starker Bedarf von Baarschaft sich einstellte. Um der einmal gesetzten Aufgabe gerecht zu werden und auch nur vorübergehende Störungen im Betrieb fern zu halten, mußte eine nicht unerhebliche Reserve bereit gehalten werden, welche selbstverständlich nicht als todtes Kapital in der Kasse bleiben durfte.

Ich bin nicht sachkundig genug, um mir ein Urtheil zu erlauben, welcher Betrag zu diesem Zweck erforderlich war. Aber man rühmt jetzt noch (Berner Gutachten S. 11) die Vorsicht der frühern Verwaltung. Wenn nun schon am 7. März 1860 bei einem Aktienkapital von 10 Millionen Franken die verfügbar zu haltende Summe auf zwei Millionen festgesetzt wurde, so darf angenommen werden, daß diese Summe später, nachdem das Aktienkapital auf fünfzehn Millionen erhöht und auch das sonstige Betriebsmaterial erheblich gewachsen war, gleichfalls eine wesentliche Steigerung erfahren mußte. Oder sollte auch jetzt noch der vorige Betrag zugereicht haben, obgleich der Schuldbriefverkehr sich in den Jahren 1860—67 auf das Zweiundeinhalbfache gehoben hatte?

In demselben Maß als die Reserve sich mehrte, erschien die früher übliche Unterbringung derselben — in skontirbaren Platzwechseln und in vorübergehenden Darleihen an einheimische Kaufmannshäuser — als unthunlich, mindestens als unzureichend. Es hätte schon an genügender Gelegenheit gefehlt. Dazu kam, daß z. B. die Meisenbank zu wiederholten Malen die Skontirung der Wechsel gerade auf die Haupttermine Mai und Martini verweigerte. Ueberdieß wäre die ausschließliche Anlage so bedeutender Summen innerhalb des Kantons weder im Interesse von Leu und Comp. noch im Interesse des Zürcher Platzes gelegen. Denn in Zeiten der Krise wäre durch die Einziehung von so namhaften Beträgen die Verlegenheit auf dem Platze ganz wesentlich gesteigert worden, während umgekehrt bei einer Anlegung der Gelder im Ausland unter gleichen Verhältnissen dem Platze Mittel zugeführt und Erleichterung verschafft werden konnte. Für Beides weist die Geschichte von Leu und Comp. belehrende Beispiele auf. Es braucht nur einerseits an den Geldmangel in den Jahren 1862—1865 erinnert zu werden, wo die Zurückziehung der im eigenen Kanton angelegten Reserve der Direktion manchen Vorwurf zuzog, und andrerseits an die Krise bei Ausbruch des deutsch-französischen Krieges im Sommer 1870. Während im letztern Fall sämmtliche inländische Banken die Auszahlung von Kontokorrentguthaben wesentlich beschränkten, während selbst auf die besten Papiere keine Baarschaft zu bekommen war, konnten Leu und Comp. mit Hilfe der auswärtigen Verbindungen in der kürzesten Frist eine Million Franken auf den Platz schaffen und nach so manchen Seiten Hülfe leisten.

Die vorstehende Auseinandersetzung wird so viel darthun, daß viele und gewichtige Umstände darauf hinweisen, das verfügbare Kapital wenigstens zum größern Theil in Wechseln auf ausländische Plätze anzulegen, und daß der Direktion wegen Zulassung dieser Anlage ein Vorwurf mit Grund nicht gemacht werden kann.

§ 36.

„Aber die zugelassene **Vermittlung** dieser Anlagen war so gefährlich, daß dieselbe von einer sorgfältigen Verwaltung nimmermehr geduldet werden konnte?"

Es gehört kein hohes Maß von Geschäftskenntniß dazu, um einzusehen, daß die schleunige Unterbringung von bedeutenden Summen im In- und Ausland, noch dazu mit der Möglichkeit jederzeitiger Flüssigmachung eine Erfahrung und Bekanntschaft in der Geschäftswelt und so weitreichende Verbindungen voraussetzt, wie sie bei der Verwaltung einer Hypothekarbank im Allgemeinen nicht vorausgesetzt werden kann. **Leu und Comp.** wären genöthigt gewesen, zu dem angestrebten Zweck den Verkehr mit irgend einem Bankier oder einer Kreditanstalt anzuknüpfen, wenn sich nicht in der Verwaltung selbst ein Mann gefunden hätte, der mit den oben erwähnten Bedingungen noch den gewiß nicht gering anzuschlagenden Vortheil vereinigte, daß er durch seine mehrjährigen Leistungen ebenso viel Geschick in diesen Angelegenheiten als reges Interesse für das Gedeihen der Anstalt beurkundet hatte. Es wird kaum Jemand die Direktion der Unwahrheit oder Uebertreibung zeihen können, wenn sie in ihrem Bericht vom 30. März 1871 S. 6 sagt: „Was speziell seine (d. h. des Hrn. Escher) Leistungen für Leu und Comp. angeht, nachdem er im Frühjahr 1858 in die Direktion gewählt worden war und seit 1862 die Leitung der finanziellen Geschäfte, Beschaffung und Plazirung der für das Darlehensgeschäft erforderlichen Gelder übernommen hatte, so dürfen wir behaupten, daß die Bewältigung der außerordentlichen Anforderungen in den Jahren 1862—1865 wesentlich seinen Bemühungen und seinem Kredit zu verdanken war." Und wenn sie ferner über dessen allgemeine persönlichen Eigenschaften bemerkt: „Hr. **Escher-Bodmer** war im Umgang gewandt, offen, freundlich, einnehmend, namentlich überall hülfreich mit Rath und That und gewann sich so das Zutrauen Aller, die mit ihm in Berührung kamen. Da er selbst viel arbeitete, war ihm keine Mühe zu groß, wenn er Andern nützlich sein konnte. Die Personen, welche am nächsten und längsten mit ihm in Verbindung standen, beurtheilten ihn stets als einen durchaus ehrenhaften Charakter. Als Kaufmann wurde er zu den erfahrensten, umsichtigsten und tüchtigsten gezählt u. s. w."

Dieser selbe Mann erbot sich nun zu einer Zeit, wo die erwähnten Erfahrungen schon vorlagen, ohne Vergütung dasjenige zu übernehmen und zu leisten, was außerdem einem Fremden unter jedenfalls ungünstigeren Bedingungen hätte übertragen werden müssen, und was Keiner von den zu Erlangenden besser, Wenige so gut hätten besorgen können. Man versetze sich in die damalige Lage der Direktion und frage sich, ob man dem Ansinnen entgegengetreten wäre. Dazu kommt, daß die Sache so zu sagen eine Kabinetsfrage für Hrn. Escher war. Er als erstes Mitglied der Finanzkommission hatte wesentlich die Obsorge für die vorübergehende Anlegung der Baarschaft. Wenn sein Vorschlag, der gewiß in besten Treuen gemacht war, von der Direktion und Vorsteherschaft nicht angenommen wurde, so war bei seinem etwas empfindlichen Wesen sicher, daß er seinen Austritt aus der Direktion genom-

men hätte; denn aus der Ablehnung blickte ein Mißtrauen in seine Person hervor. Nun ist ganz richtig, daß Leu und Comp. auch ohne Hrn. Escher fortbestanden hätten, wie die Anstalt ohne sein Zuthun in's Leben getreten war. Allein die Erwägung, eine so tüchtige Kraft hinauszudrängen, welche sich bisher schon so nützlich für die Gesellschaft erwiesen hatte, mußte doch bei der Entscheidung ein nicht ungewichtiges Moment in die Wagschale werfen.

So kam die Gutheißung vom 18. Oktober 1865 zu Stande und damit die der Beurtheilung unterstehende Geschäftsübung. So lange der Verkehr bestand, hat er sich für Leu und Comp. insofern als höchst nützlich erwiesen, als „stets ohne Schwierigkeit über beliebige Summen aus dem Kontokorrentguthaben bei Hrn. Escher verfügt werden konnte, eine Fazilität, wie sie kaum anderswo zu finden gewesen wäre, welche dagegen für die fortwährenden und namentlich auf gewisse oft kurze Termine sehr großen Baarbedürfnisse von Leu und Comp. äußerst dienlich war." (Direktionsbericht vom 30. März 1871 S. 7).

Sobald man sich von der irrigen Vorstellung frei macht, als ob die Verwaltung von Leu und Comp. die Gelder der Anstalt dem Hrn. Escher zu seinen Privatzwecken zur Verfügung gestellt hätte, sobald man festhält, daß Hr. Escher nur als Mittelsmann der Gesellschaft die Baarschaft ausgehändigt erhielt: wird man in der Geschäftsübung an sich und in der Wahl der Person zur Ausführung derselben eine auffallende oder räthselhafte Thatsache nicht mehr erblicken können. Es läßt sich darüber streiten, ob nicht vielleicht ein anderer Weg der Anlage den Vorzug verdient hätte. Nichts desto weniger darf man auf das Urtheil jedes erfahrenen Geschäftsmanns abstellen, ob die Ueberlassung der Gelder an Hrn. Escher schlechthin eine fahrlässige Handlungsweise, eine Pflichtverletzung genannt zu werden verdient.

§ 37.

Deckung und Wechsel-Portefeuille.

Es gibt Ausstellungen an dem Verfahren der Direktion, welche auf den ersten Blick so einleuchtend sind, daß es verwegen oder rabulistisch erscheint, dagegen mit Zweifeln hervorzutreten. Und doch halten sie einer genaueren Prüfung nicht Stand und erweisen sich als ein Unrecht an der ohnedieß nicht in beneidenswerther Lage befindlichen Direktion.

Ich rechne dahin namentlich die Vorwürfe der mangelnden Deckung für den Hrn. Escher ertheilten Kredit und der unterlassenen Durchsicht des von ihm für die Anstalt zu haltenden Portefeuille.

Zu 1. Zugegeben — so kann man einwenden — Hr. Escher war nicht Darlehensschuldner und sein Schuldverhältniß von dem der andern Anstaltsschuldner verschieden: aber er war doch Schuldner und es wurden ihm sogar sehr bedeutende Summen anvertraut, über welche er wie ein Darlehensschuldner zu verfügen in der Lage war. Da die Gefahr bei der eigenthümlichen Art des ihm geschenkten Kredits (Vertrauens) keine geringere war als bei einem Darlehenskredit, so hätte sich die Verwaltung einer Deckung versichern

müssen. Dieß nicht gethan zu haben, gereicht ihr, wie sich das Berner Gutachten (S. 19) ausdrückt, zur groben Fahrlässigkeit.

Hat man sich denn, so möchte ich fragen, auch zum klaren Verständniß gebracht, was man damit fordert? Wie groß hätte die Deckung sein müssen, wenn sie nicht bloßer Schein und eitles Spiel bleiben sollte? Doch mindestens eine Million. Und das hätte man irgend Jemandem und besonders Hrn. Escher zumuthen sollen, der von der Verbindung nicht den geringsten Nutzen, sondern nur Mühe haben sollte und sicherlich auch von Anfang — das werden seine stärksten Feinde zugeben — nicht im Entferntesten an eine Verwendung der Gelder zu seinem eigenen Vortheil dachte? Dabei ist der Schwierigkeit noch gar nicht gedacht, welche die Prüfung einer solchen unvermeidlich steter Aenderung unterworfenen Deckung verursacht hätte. Wer hätte diese mühevolle fast täglich herantretende Aufgabe lösen sollen? Nur ein erfahrener Bankier wäre dazu tauglich gewesen. Und hätte man nicht diesem wiederum Vertrauen schenken müssen? Man denke an neuere Vorgänge mit hypothekarischen Kautionen größeren Maßstabs in Berlin!

Nein, in solchen Verhältnissen kann man die Sicherheit nicht in einer (äußeren) Deckung suchen sondern nur in der Solidität des Mannes oder des Hauses, welchem man sein Vertrauen schenkt. Die Erfahrung bestätigt dieß. Es wird uns glaubhaft versichert, daß der Bankier der Nordostbahn, dem Millionen durch die Hand gehen, keine Deckung geleistet hat. Auch anderwärts soll es sich ähnlich verhalten.

2. Herr Escher hatte versprochen, daß er für die auf Rechnung von Leu und Comp. erworbenen Wechsel ein eigenes von seinen Geschäften streng gesondertes Portefeuille halten werde, und hatte bei jeder Gelegenheit versichert: „wenn ich sterbe, so ist mein Portefeuille da, Leu und Comp. sind vollständig gedeckt." Warum hat man dieses Portefeuille nur Anfangs einer Verifikation unterworfen, warum später nicht mehr?

Ich glaube — bessere Belehrung vorbehalten — das richtige Wort dafür findet sich in der Abwehr zu Nr. 63. Das Verhältniß von Leu und Comp. zu Escher-Bodmer war wesentlich ein konfidentielles. „Eine Kontrole ähnlich derjenigen gegenüber einem Angestellten oder gar eine Durchsicht der Bücher ließ sich unter derartigen Verhältnissen nicht vornehmen. Entweder mußte man Zutrauen haben zu dem Manne, der nach den gemachten Erfahrungen wie kein anderer geeignet schien, die Mittel zur Durchführung der Hauptaufgabe des Instituts auch in den schwierigsten Zeiten zu beschaffen, oder man mußte auf seine weitere Mitwirkung verzichten. Da war keine andere Wahl". Und weiter: „Sie (die Verifikationen des Portefeuille) konnten angesichts des oft täglichen großen Wechsels im Bestande des Portefeuille nicht vor Mißbrauch schützen, wenn der Mann dessen fähig war, was Niemand für möglich hielt. Das unbedingte Zutrauen zu ihm bestand nicht nur bei dem zweiten Mitglied der Finanzkommission, nicht nur bei den übrigen Mitgliedern der Direktion und der Vorsteherschaft, es war ein allgemeines u. s. w."

Auch das Berner Gutachten räumt ein (S. 13), daß in dem Vorhandensein eines

besondern Effektenportefeuille, das aber in den Händen des Hrn. Escher lag, nicht die geringste Sicherheit für die Anstalt Leu und Comp. enthalten war. „Herr Escher war jeden Augenblick unbestritten in der Lage, die Effekten zu versilbern. Also wenn auch eine regelmäßige Verifikation dieses Portefeuille stattgefunden hätte, was aber nicht geschehen ist, so müßte gleichwohl die Kontokorrentschuld des Hrn. Escher als eine durchaus ungedeckte betrachtet werden."

Und wäre es wesentlich besser gewesen, wenn das Wechselportefeuille sich in den Händen der Direktion oder der Verwaltung befunden hätte? Wenn Mißbrauch beabsichtigt werden wollte, er würde dadurch nicht unmöglich und kaum schwieriger geworden sein. Es würden sich hinreichend Vorwände gefunden haben, die Papiere dem Portefeuille zu entlocken, und mindestens hätten die auswärtigen Wechsel mehrere Tage vor Verfall an Hrn. Escher herausgegeben werden müssen.

Nun lege man die Gründe, welche für die Anordnung der besprochenen Sicherungsmaßregeln sprechen, in die eine Wagschale, und die entgegenstehenden Erwägungen in die andere, und sehe zu, welches Uebergewicht sich auf der ersteren Seite ergibt, und ob um deßwillen die Direktion hätte einen Schritt thun sollen, der — das durfte man sich nicht verbergen — zum Austritt des Hrn. Escher geführt haben würde.

„Besser, so höre ich sagen, den einen Mann opfern als die Anstalt in Schaden bringen!"

O wir klugen rückwärtssehenden Propheten, mit Deutlichkeit erkennen wir jetzt, in welcher Gefahr die Anstalt schwebte, und daß jener Preis nicht zu hoch war, dieselbe abzuwenden. Wäre von Anfang das ganze Verhältniß der Generalversammlung förmlich zur Genehmigung vorgelegt worden — ein Schritt, der freilich gegen alle Uebung verstoßen hätte — ich möchte wissen, wie viele Aktionäre damals gegen diese Einrichtung ihre Stimme erhoben und dieselbe als gefährlich bekämpft haben würden. Daß sogar den Aktionären Gelegenheit gegeben und durch den Direktionsbericht von 1866 S. 1 nahegelegt war, sich darüber zu unterrichten, wird weiter unten ausführlichere Besprechung finden.

§ 38.

Mangel an Kontrole. Täuschung der Aktionäre über den wahren Schuldbestand.

Es ist nicht möglich, auf alle Punkte einzutreten, welche zur Belastung der Direktion und Vorsteherschaft gesammelt worden sind. Es ist dieß auch nicht nöthig. Dem Publikum liegt in dem Bericht der Untersuchungskommission einerseits und in der dagegen gerichteten Abwehr eines Direktionsmitglieds andrerseits das Material zur Bildung eines Urtheils in vollkommen geordneter Weise vor. Zudem vermag ich in Fragen, die mehr in das technisch-kaufmännische Gebiet fallen, nur mit halber Stimme mitzusprechen; ich nähre mich hier von den Erfahrungen Anderer. Doch kann ich folgende Punkte nicht mit Stillschweigen übergehen, weil auf sie auch im Berner Gutachten ein besonderes Gewicht gelegt wird.

1. Es wird der Direktion ein vollständiger Mangel an jeder Ueberwachung des Verkehrs der Anstalt mit Escher-Bodmer zum Vorwurf gemacht. Der Letztere habe einen „illimitirten“ Kontokorrentkredit gehabt und die Macht besessen, über Hab und Gut von Leu und Comp. zu verfügen (S. 15 des Berner Gutachtens).

Diese Behauptungen bedürfen denn doch nach Maßgabe der thatsächlichen Verhältnisse einer wesentlichen Berichtigung. Der sog. Kontokorrentkredit konnte von Hrn. Escher durchaus nicht willkürlich erhöht werden sondern war abhängig von den Baareingängen einerseits und vom Baarschaftsbedürfniß der Anstalt andrerseits. Die ersteren nach Belieben zu steigern, lag außer der Macht des Hrn. Escher, und die letztern wurden bestimmt durch die Darlehensbegehren und durch das Fälligwerden eingegangener Verbindlichkeiten. Dadurch kam es, daß die Hrn. Escher anvertrauten Summen in den Jahren 1867 und 1868 erheblich wuchsen und in den folgenden Jahren kaum minder erheblich abnahmen (man vergleiche die Uebersicht über den Kontokorrentverkehr in der Abwehr zu Nr. 66). Wenn der Kontokorrentkredit für Hrn. Escher eine so leicht zugängliche ergiebige Quelle gebildet hätte, es wäre in der That sehr auffallend, daß er denselben in den letzten Jahren und namentlich in der Zeit seiner ökonomischen Bedrängniß nicht nur nicht stärker ausbeutete sondern im Gegentheil abnehmen ließ.

Wie wenig übrigens die Direktion sich der Leitung des Geschäfts in den letzten Jahren begeben hatte, das beweisen z. B. die eingreifenden von ihr beschlossenen Maßregeln, wodurch die beiden Konti für Kreditoren mit Wechselrecht vollständig aufgehoben (Geschäftsbericht XIII S. 15, XIV S. 15 und XV S. 17) und die Konti der Kontokorrentkreditoren sehr bedeutend gemindert wurden (Geschäftsbericht XV S. 17, XVI S. 17).

Die Verfasser des Berner Gutachtens scheinen wie ihre Quelle, der Bericht der Untersuchungskommission, zu der schweren Anschuldigung eines völligen Verfalls jeder Direktionsthätigkeit durch die Abnahme der Sitzungen und durch den geringeren Gehalt der späteren Protokolle bestimmt worden zu sein. Es ist gewiß gewagt, darauf allein jenes Urtheil zu bauen. Wenn eine Verwaltung sich in dem Maß zur Zufriedenheit ihrer Kommittenten bewährt hat wie die von Leu und Comp., so wird allmälig auf die protokollarische Beurkundung aller Schritte und Maßregeln weniger Gewicht gelegt als im Anfang des Bestehens. Ferner ist nicht zu übersehen, daß die Direktion später für die Ueberwachung der Thätigkeit der einzelnen Kommissionen die Anfertigung monatlicher Uebersichten über die Bewegung des gesammten Geschäfts und Mittheilung derselben an die einzelnen Mitglieder für zweckdienlicher erachtet hat als die mündliche Berichterstattung in Sitzungen. Ob sie damit gut gethan, wage ich nicht zu entscheiden; doch scheint mir das angenommene System nicht ohne weiters verurtheilt werden zu können und noch viel weniger auf dasselbe die Bezeichnung „Mangel an aller Kontrole“ zu passen. Daß auch sonst die Mitglieder der Direktion ihre Pflicht der Ueberwachung zu erfüllen suchten, ist in der Abwehr zu Nr. 50 des Näheren dargelegt. Ich

vermag das dort Gesagte natürlich nicht zu bestätigen. Doch ersehe ich keinen Grund zu Zweifeln in die Richtigkeit der Darstellung. Mindestens muß man m. E. ohne genaueren Einblick in den gesammten Gang der Verwaltung mit seinem Urtheil vorsichtig sein.

2. „Ferner ist die Direktion — heißt es im Berner Gutachten S. 19 — auch insofern nicht entlastet, als die Aktionäre über das Maß des an Hrn. Escher gewährten Kredits getäuscht worden sind. Eine solche Täuschung fand dadurch statt, daß Hr. Escher mit Geldern, die er auf neue Rechnung empfieng, in alte Rechnung abbezahlte und dadurch seine Kontokorrentschuld kleiner erscheinen ließ als sie in Wirklichkeit war." Das Gutachten fußt hiebei auf den Bericht der Untersuchungskommission, welcher dafür als Belege die Kontokorrentabschlüsse 1864/65 und 1868/69 anführt.

Ueber diese Abschlüsse wird in der Abwehr zu Nr. 73 bis 75 ausführliche Erläuterung gegeben, welche sich im Wesentlichen dahin zusammenfassen läßt:

a. 1864/65. Ende Oktober 1865 habe der Kontokorrent mit Hrn. Escher ein Guthaben der Anstalt von Frkn. 743,998. 07 Rpn. ausgewiesen. Herr Escher habe aber bis zum 9. November Ablieferungen an die Kasse von Leu und Comp. gemacht, ohne in derselben Zeit Gelder von der Kasse zu empfangen. „Es war daher nichts natürlicher, als daß bei der gegenseitigen Abrechnung diese Abzahlung noch in die alte Rechnung aufgenommen und damit der Konto vom 9. November saldirt wurde (vgl. Kontokorrent Fol. 47). Am gleichen Tage, also mit dem Rechnungsschluß, komparirte Escher-Bodmer ganz richtig mit Frkn. 81,002 und am 10. November noch mit weiteren einbezahlten Frk. 250,000 als Kreditor auf den Büchern (vgl. neuer Kontokorrent fol. 71), und erst am 13. November begannen die Ablieferungen des Instituts in diesem Monat."

Ich vermag nicht zu beurtheilen, in wieweit die Hereinziehung der nach dem 31. Oktober bis zum 9. November 1865 gemachten Abzahlungen in den Rechnungsabschluß für 1864/65 vom Standpunkt der kaufmännischen Geschäftsübung gerechtfertigt ist. Aber das ersieht Jedermann aus den den Geschäftsbüchern entnommenen Thatsachen, daß eine Verwendung von auf neue Rechnung empfangenen Geldern zur Abzahlung in alte Rechnung überall **nicht** stattfand. Vielleicht hätte der Kontokorrentabschluß nicht bis zum 9. November hinausgeschoben werden sollen. Aber auf den Termin des wirklichen Abschlusses war der Stand des Kontokorrents in Wirklichkeit genau so, wie er sich im Geschäftsbericht vorgetragen findet. Mithin hat weder Hr. Escher die Aktionäre über diesen Punkt wissentlich getäuscht, noch haben die Direktoren hiezu wissentlich oder fahrlässig mitgewirkt.

b. 1868/69. In diesem Jahre sei die Rechnung für die gegenseitigen Baarzahlungen regelrecht mit Ende Oktober als geschlossen behandelt worden. Was daher in den folgenden Monaten November und Dezember von Herrn Escher an die Anstalt und umgekehrt von dieser an Herrn Escher baar bezahlt wurde, sei mit Recht auf die neue Rechnung für 1869/70 gekommen. Wenn gleichwohl der definitive Abschluß des Kontokorrents

nebst der damit verbundenen gegenseitigen Abrechnung erst im Dezember 1869 erfolgte, so habe dieß seinen Grund darin gehabt, daß die vollkommene Regulirung des eigenthümlichen formellen Schuldverhältnisses, welches durch den von Herrn Escher für die Anstalt vermittelten Ankauf der 4000 Gesellschaftsaktien entstanden war, sich bis in den Dezember verzog und doch in das Rechnungsjahr aufgenommen werden mußte, in welchem der Kauf stattgefunden hatte. Auf dieses Schuldverhältniß hätten sich aber die Eigenwechsel bezogen, welche nebst den übrigen kaufmännischen Wechseln noch für 1869 verrechnet wurden.

Wenn sich diese Sachdarstellung in Richtigkeit verhält — und sie kann ja jeden Augenblick an den Büchern erprobt werden — dann fällt der Vorwurf völlig dahin, daß hier Gelder, welche Herr Escher auf neue Rechnung empfangen hatte, zur Abzahlung in alte Rechnung verwendet worden seien. Durch die Unregelmäßigkeit im Abschluß hat sich der Berichterstatter der Untersuchungskommission zu der Annahme einer wissentlichen Täuschung der Aktionäre verleiten lassen, welche zum Theil sämmtlichen Direktionsmitgliedern als Mitschuldigen zur Last fiele.

Es drängt sich doch selbst vom Standpunkt des Berichterstatters die Frage auf: wenn die Aktionäre über die Kontokorrentschuld des Hrn. Escher getäuscht werden sollten, warum geschah dieß nur in den Jahren 1864/65 und 1868/69? warum nicht in 1866/67, wo der Betrag der Schuld ein ungleich auffallenderer war, beinahe 4 Millionen Franken betrug, und wo derselbe durch Aufnahme der Monate November und Dezember in die alte Rechnung bis auf beiläufig $2^1/_2$ Millionen hätte herabgebracht werden können?

Ich bin gar nicht zweifelhaft, daß der Vorwurf der Täuschung der besseren Aufklärung gegenüber von seinen eigenen Urhebern zurückgenommen werden wird.

§ 39.

Wenn ich im Bisherigen keinen genügenden Grund finden konnte, welcher eine Haftung der Mitglieder der Direktion nach den bestehenden Rechtsgrundsätzen zu rechtfertigen vermöchte, so gilt dieß nicht weniger für die außerhalb der Direktion stehenden Mitglieder der weiteren Vorsteherschaft.

Daß ihnen das Rechnungsverhältniß der Anstalt zu Escher-Bodmer nicht unbekannt sein konnte, ist richtig. Mindestens in ihrer Eigenschaft als Censoren haben dieselben, mit einziger Ausnahme des jüngsten Mitglieds, Veranlassung gehabt, in die Geschäftsverhältnisse der Anstalt einen tiefern Einblick zu thun. Aber es bestanden für sie dieselben Gründe, wie für die Direktoren, den für die Anstalt so wichtigen und so nützlichen Verkehr als gefahrlos zu erachten und dagegen keine Erinnerungen zu erheben. Es wird wenigstens schwer die Behauptung zu begründen sein, daß sie durch dieses Verhalten einen Mangel an Sorgfalt bethätigt hätten, den sie sich in ihren eigenen Angelegenheiten nicht zu Schulden kommen lassen.

2. Haftung der Mitglieder der engeren und weiteren Vorsteherschaft für die Einbuße aus den Eigenwechseln.

§ 40.

Wenn Hr. Escher in seiner Eigenschaft als Mitglied der Finanzkommission dem Verwalter Auftrag ertheilte, ihm an seine Ordre ausgestellte Eigenwechsel zu behändigen, um mit denselben im Interesse der Gesellschaft finanzielle Operationen zu machen, so liegt darin an sich nichts Tadelnswerthes. Mißbrauch konnte sicherlich damit getrieben werden; allein wenn man nicht umhin kann, dem Verwalter oder einem andern Beamten der Anstalt vorübergehend Werthschriften zum Theil von bedeutendem Betrage anzuvertrauen, warum sollte das Vertrauen zu einem Mitglied der Direktion, das überdieß schon so erhebliche Leistungen im Dienste der Anstalt für sich hatte, ungerechtfertigt sein? Es hat deßhalb auch die in dem Jahre 1863 erfolgte Ausstellung von Eigenwechseln an die Ordre Escher-Bodmer von keiner Seite eine Anfechtung erfahren.

Von dieser älteren Wechselausfolge unterscheiden sich freilich die späteren in den Jahren 1865, 1868, 1870 und insbesondere auch diejenige aus den Monaten Januar und Februar 1871, aus welch letzteren die Einbuße der Gesellschaft stammt, durch den Umstand, daß dieser Verkehr auf Weisung des Hrn. Escher bei Leu und Comp. nicht gebucht wurde.

Dieses Verfahren ist auffallend und, wie es wenigstens dem Laien erscheint, mit den Anforderungen einer geordneten Geschäftsführung nicht vereinbar. Damit will ich nicht entscheiden, ob diese meine Anschauung in der kaufmännischen Welt getheilt wird. Hr. Escher erklärte bei jeder Wechselbehändigung, daß er persönlich die Einlösung sämmtlicher Wechsel besorgen werde. Nach der Auffassung beider Theile sollte demnach die Verbindlichkeit der Anstalt nur eine vorübergehende sein und zu einer Inanspruchnahme der Kasse von Leu und Comp. nicht führen, eine Erwartung, welche in den früheren Fällen durch den Erfolg bestätigt wurde. Das Verhältniß hatte demnach Aehnlichkeit mit der Verpflichtung, welche aus dem Giro eines Wechsels entsteht; auch diese kann möglicherweise in Folge Regreßnahme einen Verlust begründen, gleichwohl wird eine solche schwebende Verbindlichkeit nicht gebucht. So scheint denn auch die Begründung verstanden werden zu müssen, mit welcher Hr. Escher seine Weisung begleitete (vgl. oben § 5).

Uebrigens kann dieser Punkt hier dahin gestellt bleiben. Denn nicht daraus ist der Schaden erwachsen, daß die Buchung unterblieb, sondern daß überhaupt die Eigenwechsel Hrn. Escher übergeben wurden. Und die Frage, von deren Beantwortung in erster Linie das Urtheil über die Haftpflicht der Direktoren und übrigen Vorsteher für den hier in Rede stehenden Verlust abhängt, ist die: lag in dem Anvertrauen so erheblicher Werthe, wie sie die vom 18. Januar bis 18. Februar 1871 ausgefolgten Wechsel darstellen, eine pflichtwidrige Hand-

lungsweise. Muß diese Frage verneint werden, so fällt die Zurechnung des nachtheiligen Ausgangs in der Richtung gegen die Direktoren und die übrigen Vorsteher jedenfalls dahin, mögen dieselben von diesem Vorgang Kenntniß gehabt haben oder nicht, und mag im letztern Fall ihre Unkenntniß entschuldbar sein oder nicht.

Hr. Escher-Bodmer hat wiederholt mittelst Eigenwechsel, welche von Leu und Comp. an seine Ordre ausgestellt waren, finanzielle Operationen zu Gunsten der Anstalt in der glücklichsten Weise durchgeführt und für dieselbe unter schwierigen Verhältnissen die erforderlichen Mittel flüssig gemacht. Bei mehrfachen Anlässen erfolgte bis dahin die Einlösung immer auf das Prompteste, kein Wechsel gelangte an Leu und Comp. War es nun ein so ungerechtfertigtes Vertrauen, wenn auch dießmal seinem Ansinnen, auf gleichem Wege vorzugehen, entsprochen wurde? Wer versah sich damals von ihm eines Mißbrauchs dieses Vertrauens? Man nehme an, die einzelnen Mitglieder der Direktion und weiteren Vorsteherschaft wären in ähnlicher Weise wie Leu und Comp. mit Hrn. Escher in Geschäftsverkehr gestanden: wären sie ihm nicht mit gleichem Vertrauen entgegen gekommen? Allerdings müßte die Gestattung solcher Kreditmittel in gewöhnlichen Zeiten ohne Rechtfertigung in der Geschäftslage Bedenken erregen. Allein es waren damals noch die Folgen einer ganz außergewöhnlichen Geschäftskrise zu überwinden, und außerordentliche Zeiten erheischen außerordentliche Mittel.

In Erwägung dieser Umstände wird die Zulassung der Wechselaushändigung schwerlich für eine solche Nachlässigkeit erklärt werden können, welche die Ersatzpflicht zu begründen geeignet ist.

§ 41.

Nun behaupten aber die Mitglieder der Direktion überdieß von diesem Verkehr keine Kenntniß besessen zu haben, und da sich derselbe außerhalb der Bücher von Leu und Comp. bewegte, so ist dieß nichts weniger als unglaublich.

Freilich wären sie damit, wenn die erstere Frage zu ihren Ungunsten entschieden werden müßte, noch keineswegs entlastet. Es müßte vielmehr auch feststehen, daß ihnen dieser Verkehr trotz Anwendung der ihnen obliegenden Sorgfalt verborgen bleiben konnte.

Ich wage nicht diese Frage mit Sicherheit zu bejahen oder zu verneinen; denn dazu gehört ein Einblick in den Geschäftsgang bei Leu und Comp., wie ich ihn nicht besitze. Wenn man freilich den außerordentlichen Umfang der Geschäfte dieser Anstalt erwägt und weiter bedenkt, daß für deren Ueberwachung ordnungsmäßige Einrichtungen getroffen waren, so erscheint dem nicht weiter Eingeweihten nicht gerade auffallend, wenn sich die Direktionsmitglieder auf die Prüfung der tabellarischen Uebersichten über die Thätigkeit der Kommissionen, auf die Einsicht der Bücher, die Revision der Kasse u. s. w. beschränkten und nicht besondere Nachfrage und Nachforschung nach einem außerdem bestehenden Verkehr pflogen.

Wenigstens kann denselben wegen dieser Unterlassung eine Pflichtverletzung noch nicht zur Last gelegt werden.

Vielleicht wird man einwenden, der Fehler liege weiter zurück in der Verleihung der größeren Selbständigkeit an die beiden Kommissionen. Es mag zugegeben werden, daß bei strenger Festhaltung der kollegialischen Geschäftsbehandlung der hier in Rede stehende Verlust wahrscheinlich verhütet worden wäre. Allein es fragt sich, ob dann nicht andere vielleicht noch empfindlichere Nachtheile eingetreten wären, ob namentlich diese Einrichtung erlaubt hätte, die wachsende Last der Geschäfte zu bewältigen. Wie oft hätte die Direktion später zusammentreten müssen, wenn alle Angelegenheiten wie früher nur in einer Sitzung des gesammten Kollegiums hätten erledigt werden können? Dazu hat sich bis jetzt die kommissionelle Behandlung im Anlehensgeschäft nichts weniger als schlecht bewährt; auf dem Schuldbrief- und Faustpfandgeschäft war bisher trotz des außerordentlichen Verkehrs nicht eine Abschreibung nöthig. Gerade in der Aufgabe der Finanzkommission ist aber rasche Erledigung, oft augenblickliche Verfügung unerläßlich, was von selbst darauf hinführt, daß diese Thätigkeit wesentlich in Eine Hand gelegt werden muß. So genoß auch seit dem Bestand der Anstalt das erste Mitglied dieser Kommission, nicht bloß Hr. Escher-Bodmer, eine größere Selbständigkeit als sie andern Mitgliedern eingeräumt zu werden brauchte und eingeräumt wurde. Ein Vertrauensmißbrauch war bei keiner Einrichtung vollkommen ausgeschlossen.

Uebrigens nimmt auch das Berner Gutachten S. 27 an, daß von dem fraglichen Wechselverkehr weder das Direktorium noch die weitere Vorsteherschaft Kenntniß gehabt oder selbst haben konnte.

3. Haftung der Mitglieder der engeren und weiteren Vorsteherschaft für den aus dem Erwerb der 4000 Gesellschaftsaktien entstandenen Schaden.

§ 42.

Im Berner Gutachten ist des in der Ueberschrift bezeichneten Geschäfts nicht gedacht, obwohl dasselbe den Verfassern nicht unbekannt sein konnte und obwohl zu dessen Besprechung bei Erwähnung der Eigenwechselschuld des Hrn. Escher auf S. 7 nahe Veranlassung gegeben war. Aus diesem Stillschweigen darf man die Vermuthung ableiten, daß die Verfasser in dem Aktienerwerb den Grund zu einer weiteren Ersatzpflicht der Direktoren nicht erblickten.

Ungeachtet daß ich mit dieser Ansicht vollkommen einverstanden bin, glaube ich doch diesen Punkt nicht mit gleichem Stillschweigen übergehen zu sollen, da ich es als meine Aufgabe betrachte, das Rechtsverhältniß nach allen Seiten einer genauen Prüfung zu unterziehen, freilich nur insoweit als ein Anspruch auf Schadenersatz gegen Direktion und Vorsteherschaft denkbarer Weise daraus hergeleitet werden kann (vgl. § 8).

Zur Zeit als die Aktien von Leu und Comp. in Folge des Escher-Bodmer'schen Konkurses im Kurse erheblich sanken, befand sich die Anstalt aus dem für ihre Rechnung vom Staat erworbenen Betrag eigener Aktien noch im Besitze von — wenn ich nicht irre — 3510 Stück, nachdem von den ursprünglich angekauften 4000 Stück mittlerweile 490 Stück zu dem günstigen Kurs von 575 wieder veräußert waren.

Haben die Direktoren und Mitglieder der weiteren Vorsteherschaft für den aus der Entwerthung dieser Aktien entstehenden Schaden aufzukommen?

Man kann die Verantwortlichkeit in einer zweifachen Weise zu rechtfertigen suchen:

1. als unmittelbare — aus dem Anschaffungsgeschäft;
2. als mittelbare — weil die Entwerthung sich als eine Folge des Schuldverhältnisses zwischen der Anstalt und Escher-Bodmer darstellt.

§ 43.

Die unmittelbare Verantwortlichkeit.

Die Frage ist hier so zu stellen: war der fragliche Ankauf an sich eine schuldhafte Handlung?

Da die Annahme keine thatsächliche Unterstützung findet, daß die Mitglieder der weiteren Vorsteherschaft von dem Geschäft vor dessen Abschluß Kenntniß besaßen, so kann die unmittelbare Verantwortlichkeit nur für die Direktoren in Frage kommen und zwar nur für die Direktoren des Verwaltungsjahrs 1868/69, in welches das Geschäft fällt.

Die Statuten von Leu und Comp. enthalten über den Erwerb eigener Aktien keine ausdrückliche Bestimmung. Auch das privatrechtliche Gesetzbuch schweigt über diesen Punkt. Meines Wissens haben daher im Bereich des letztern die Aktiengesellschaften bis jetzt unbeanstandet eigene Aktien angekauft, wo es das Interesse zu erfordern schien. Freilich ist diese Befugniß nicht ohne Gefahr für die Solidität einer Aktienunternehmung. Das deutsche Reichsgesetz über die Aktiengesellschaften vom 11. Juni 1870 hat in Art. 215 Abs. 3 den Erwerb eigener Aktien untersagt.

Es genügte für die Direktion jedoch nicht, daß ihre Maßregel keinem Verbot begegnete; sie mußte dafür auch eine Ermächtigung in den Statuten finden. Auch daran fehlt es nicht. Da der Ankauf nur als eine vorübergehende Geldanlage beabsichtigt war, so fällt derselbe unter § 1 Abs. 2 der Statuten.

Der Aktienerwerb erscheint aber nicht bloß nicht statutenwidrig, sondern auch durch die obwaltenden Umstände, wie sie oben § 7 und ausführlicher in der Abwehr zu Nr. 65 geschildert sind, vom Standpunkt einer umsichtigen Geschäftsleitung wohl gerechtfertigt. Ich glaube mit dieser Behauptung keinem ernstlichen Widerspruch zu begegnen und will darüber keine weiteren Worte verlieren. Nur das sei noch bemerkt: für die gegenwärtige Frage ist der Umstand ohne alle rechtliche Bedeutung, daß das Geschäft durch Hrn. Escher vermittelt wurde.

§ 43.

Die mittelbare Verantwortlichkeit.

Der aus dem Besitz der eigenen Aktien für Leu und Comp. entspringende Schaden hat in dem Schuldverhältniß des Hrn. Escher-Bodmer zu der Anstalt seine mittelbare Ursache. Denn die ökonomische Erschütterung, welche die Letztere in Folge des im Escher'schen Konkurse in Aussicht stehenden Verlustes erfahren, hat die Entwerthung ihrer Aktien herbeigeführt. Insofern nun den Mitgliedern der Direktion und der weiteren Vorsteherschaft hinsichtlich jenes Schuldverhältnisses eine ihre Ersatzpflicht begründende Pflichtverletzung zur Last fällt, erscheint die Einbuße aus dem Aktienbesitz als ein von ihnen mittelbar verschuldeter Schaden im Sinne von § 997 des privatrechtlichen Gesetzbuchs.

Es bestimmt aber § 1004, daß der Schuldner in den Fällen der leichten Fahrlässigkeit nur für das unmittelbare, nicht für das mittelbare Interesse haftet. Mag man nun an das Verhalten der Vorsteher einen noch so strengen Maßstab anlegen, niemals wird man als grobe Fahrlässigkeit, d. h. als eine an rechtswidrige Absicht streifende Kopf- und Gedankenlosigkeit auslegen können, daß sie unter den geschilderten Verhältnissen einem Manne von dem allgemeinen Vertrauen und dem ökonomischen Ruf, dessen sich damals Hr. Escher-Bodmer in und außerhalb der Schweiz zu erfreuen hatte, allzufreie Hand in der Leitung der Gesellschaftsangelegenheiten ließen. Sonach läßt sich die Haftung wegen des aus dem Aktienbesitz erwachsenden Schadens juristisch durchaus nicht rechtfertigen.

§. 44.

Schlußbetrachtung über die Haftung der Vorsteher.

Bei einem so umfangreichen Geschäftsbetrieb wie der von Leu und Comp. kann es nicht fehlen, daß sich im Lauf der Zeit manche Einrichtung oder manche Geschäftsübung einbürgert, welche vor einer genaueren Prüfung nicht bestehen kann. Nur pflegt die Schädlichkeit derselben Unbetheiligten weit schneller und sicherer in die Augen zu fallen als den Personen, welche beständig am Triebwerk stehen und durch die allmälige Gewöhnung den Uebelstand und sein Wachsthum kaum mehr gewahr werden.

Ueberdieß lehrt die Erfahrung, daß eine Theilung der Verantwortlichkeit mit Mehreren viel mehr geeignet ist, die Energie abzuschwächen als zu stärken. Der Einzelne beruhigt sich nur zu leicht bei einer ihm zunächst auffälligen Thatsache, weil seine Kollegen darin nichts Arges finden, ein Moment, das bei der Würdigung des Kollegialsystems in der Regel ganz verkannt wird. *)

---

*) Ueber diesen Punkt findet sich eine sehr treffende Bemerkung in einem Buch, das zu dem vorwürfigen Gegenstand sonst sehr wenig Beziehung hat, nämlich in (Laboulaye) **Paris en Amérique 21me éd. p. 235**, freilich zunächst in Anwendung auf die Frage über die Organisation der Strafgerichte:

Auch die Vorsteher von Leu und Comp. werden keine Unfehlbarkeit für sich in Anspruch nehmen. Sie werden jetzt einräumen, daß ihr Vertrauen in die Person des Hrn. Escher zu weit ging und vom Standpunkt einer vorsichtigen, die Wechselfälle menschlichen Schicksals erwägenden Verwaltung nicht zu billigen ist.

Allein ist es darum gerechtfertigt, sie für die Folgen eines Fehlers oder wenn man will einer Schwäche verantwortlich zu machen, wovon sich wenig Sterbliche frei zu erhalten wissen?

Unser Gesetzbuch theilt diese strenge Anschauung nicht, und das ist für die rechtliche Beurtheilung allein maßgebend. Wie ich oben nachgewiesen habe, so hält es, um mich der Worte des Redaktors zu bedienen, die Verantwortlichkeit für zu groß, wenn man fortdauernd eine für die Person des Verwalters ungewöhnliche Sorgfalt fordern und verlangen wollte, daß er niemals in seine individuellen Fehler und Schwächen zurückfalle.

Um aber zu ermessen, ob hier ein verzeihlicher Fehler vorliegt, darf man Folgendes nicht außer Augen lassen.

Das Schuldverhältniß zu Hrn. Escher ist in einer Zeit entstanden, wo es galt, außerordentliche Anforderungen zu bewältigen und trotz des theueren Gelds dem Landwirth und dem Hausbesitzer einen mäßigen Zinsfuß zu erhalten. Sobald der Geschäftsbetrieb wieder in normale Bahnen eingelenkt hatte, traf die Direktion Maßregeln, um die Kontokorrentschuld des Hrn. Escher-Bodmer auf ein bescheidenes Maß zurückzuführen und allmälig ganz zu beseitigen. Während diese Anordnungen eben zu wirken begonnen hatten, kam der Krieg von 1870 und in dessen Folge eine Geldkrise, welche alle Berechnungen durchkreuzte und die Verwaltung wieder auf den Anfang ihrer Bemühungen zurückschleuderte.

Für die Frage aber, ob die Mitglieder der Vorsteherschaft die in ihren eigenen Angelegenheiten gewöhnliche Sorgfalt bethätigt haben, ist gewiß der Umstand nicht ohne Bedeutung, daß sie persönlich an den Schicksalen von Leu und Comp. sehr nahe betheiligt sind. Nach einer mir zugestellten Tabelle sind etwa 10 % sämmtlicher Aktien von Leu und Comp. in den Händen der Vorstandsmitglieder oder in den Händen ihrer nächsten Angehörigen, und gegen 13 % im Besitz von Verwaltungen, denen gegenüber sie verantwortlich sind.

Und dürfen denn nicht auch die unbestreitbaren Verdienste in die Wagschale gelegt werden, welche sich die Mitglieder der Vorsteherschaft überhaupt und der Direktion insonderheit um die

---

»Former un tribunal de trois ou quatre juges, ce n'est pas multiplier la responsabilité, c'est la diviser; l'accusé y perd sa meilleure garantie. Seul, et sous l'oeil du public, il me semble que Dieu me regarde; je sens toute la sainteté du devoir que je remplis. Plus j'aurais de confrères, moins je me croirais engagé. Qu'est-ce qu'un tiers, un cinquième, un dixième de responsabilité?«

Anstalt erworben haben? Die Mehrzahl widmet seit Jahren neben ihrem sonstigen Lebensberuf Zeit und Kraft einer schwierigen und sorgenreichen Verwaltung, und daß seit dem Bestande der Anstalt trotz des bedeutenden Umsatzes und des in's Einzelne gehenden Darlehensgeschäfts noch kein Verlust eingetreten ist, zeugt doch von gewissenhafter und pflichttreuer Erfüllung der gewordenen Aufgabe. Es ist in der That nur billig, daß der jetzt eingetretene Schaden nicht allein auf die Schultern dieser Männer gewälzt, sondern von Allen verhältnißmäßig getragen werde, welche bisher die Früchte der Bemühungen jener mit ihnen zu gleichen Antheilen genossen haben.

B. Haftung des Verwalters für den eingetretenen Schaden.

§ 45.

Obwohl die Ausführung der Beschlüsse des Direktoriums einen wesentlichen Bestandtheil in der Geschäftsaufgabe des Verwalters bildet, so ist derselbe doch weit entfernt, ein unselbständiger Hilfsarbeiter zu sein wie der Buchhalter oder der Kassier. Er hat nicht weniger als ein Vorsteher für das Beste der Gesellschaft in der umfassendsten Weise Sorge zu tragen, auf vortheilhafte Maßregeln die leitende Behörde aufmerksam zu machen, vor gefährlichen Beschlüssen zu warnen. Darum räumen ihm die Statuten von Leu und Comp. Sitz und berathende Stimme in den Versammlungen der Vereinsbehörden ein (§ 17 Abs. 2). Darum wurde durch Direktorialbeschluß vom 12. Februar 1868 dem Finanzkomite in Verbindung mit dem Verwalter die Sorge für Placirung und Herbeischaffung von Baarschaft übertragen.

Hieraus folgt aber, daß der Verwalter für eine der Anstalt nachtheilige Handlungsweise nicht schon darum gedeckt ist, weil ihm der Auftrag hiezu von einem oder einzelnen Mitgliedern der Direktion geworden ist, selbst wenn dieselben zu den betreffenden Verfügungen vom Kollegium im Allgemeinen ermächtigt sind. Es ist seine Pflicht, bei Maßregeln, welche ihm nach gewissenhafter Prüfung gefährlich dünken, seine Mitwirkung von einem Beschluß des gesammten Direktoriums abhängig zu machen. Natürlich kann ein Verwalter unmöglich bei jeder geringfügigen Anordnung vorerst in einem Direktorialbeschluß für sich Deckung suchen, und es darf ihm darum auch keine Verantwortlichkeit überbürdet werden, insoweit er sich der aus dem Wesen des Geschäftsgangs folgenden Nothwendigkeit gefügt hat. Aber die Maßregeln, welche zu der jetzt in Frage befindlichen Schädigung der Anstalt geführt haben, waren von bedeutender Art, wie aus dem Bisherigen erhellt. Hier kann sich der Verwalter nicht schlechthin darauf zurückziehen, daß er nur den Befehlen seines Vorgesetzten Gehorsam geleistet habe.

Dieß ist m. E. der Standpunkt, welchen die rechtliche Beurtheilung bei der Prüfung der Frage einzunehmen hat, ob der Verwalter von Leu und Comp. für die Einbuße der Anstalt aus dem Verkehr mit Escher-Bodmer haftbar sei.

§ 46.

1) Der Kontokorrentverkehr. — Dieses Verhältniß war dem gesammten Direktorium und selbst der Vorsteherschaft bekannt, von ihnen theils ausdrücklich, theils stillschweigend geduldet. Freilich erhellt nirgends, daß der Verwalter jemals dagegen seine warnende Stimme erhoben hat. Im Gegentheil scheint gerade er von einem unbedingten Vertrauen in die Person des Hrn. Escher erfüllt gewesen zu sein. Er stand aber dabei nicht blos unter dem Einfluß derselben Verhältnisse, welche den Verkehr auch den Mitgliedern des Direktoriums als gefahrlos erscheinen ließen, sondern er hatte ganz besonders Gelegenheit, von Anfang des Verkehrs an die stete Pünktlichkeit des Hrn. Escher in Erfüllung seiner Verbindlichkeiten würdigen zu lernen.

Erwägt man diese Umstände, so wird man dem Verwalter kaum einen erheblichen Vorwurf daraus machen können, daß er nicht bei dem Direktorium auf eine eingehendere Prüfung des Rechnungsverhältnisses mit Hrn. Escher-Bodmer gedrungen hat. Anders verhält es sich

2) mit der Aushändigung der Eigenwechsel. Zwar bestand seit 1860/61 mehrere Jahre lang die Uebung, daß Wechselobligbi auf 1—12 Monate ausgegeben wurden, um nöthige Baarschaft zu beschaffen. Auch wurde speziell Ende Oktober 1863 der Verwalter beauftragt, Eigenwechsel von Leu und Comp. an die Ordre Escher-Bodmer behufs finanzieller Maßnahmen im Interesse der Anstalt auszustellen.

Allein dieser Verkehr ging durch die Bücher und konnte daher von der Gesammtdirektion überwacht werden.

Dadurch aber, daß der Verwalter bei der späteren Aushändigung der Eigenwechsel auf Befehl des Hrn. Escher sofort die Buchung unterließ, und der übrigen Direktion eine Kenntniß von der Maßregel nicht gab, hat er die ihm obliegende Sorgfalt verletzt, so sehr ich überzeugt bin, daß er nur in besten Treuen handelte. Dieser Vorwurf kann ihm selbst dann nicht abgenommen werden, wenn, was ich oben als möglich zugab, die Unterlassung der Buchung vom kaufmännischen Standpunkt nicht gerade zu verurtheilen ist, und wenn ferner ihm bei Ausfertigung der Wechsel eine weitere Ungehörigkeit nicht zur Last fällt, was ich nach den Ausführungen in der Abwehr zu Nr. 69—72 anzunehmen geneigt bin.

3) Die mittelbare Haftung für den Nachtheil aus der Entwerthung der Aktien fällt für den Verwalter aus den oben (§ 44) angeführten Gründen weg.

§ 47.

Ich treffe in der rechtlichen Beurtheilung des Verfahrens des Verwalters mit dem Berner Gutachten (S. 26 u. 27) überein und gelange sogar zu einem härteren Ergebniß für den Betheiligten. Dort wird nämlich die Verantwortlichkeit des Verwalters für den Verlust aus den Eigenwechseln auf eine von dem Richter abzuwägende Quote beschränkt. Aber so lebhaft ich fühle, daß in dem vorliegenden Fall das Maß der Haftung außer Verhältniß steht mit der Bedeutung des begangenen Fehlers, so habe ich mich doch vergebens

nach einem gesetzlichen Anhalt für die mildere Ansicht des Berner Gutachtens umgesehen. Als Jurist kann ich daher mein Gutachten nur dahin abgeben: die Verantwortlichkeit des Verwalters für die Einbuße aus den von Hrn. Escher nicht eingelösten Eigenwechseln ist begründet und zwar auf den vollen Betrag dieses Verlusts.

Eine ganz andere Frage ist die, ob es von der Aktionärversammlung billig und klug ist, sich auf den rein rechtlichen Standpunkt zu stellen und den Ersatzanspruch zu verfolgen. Dem einen Fehler steht eine sechszehnjährige Thätigkeit des Verwalters bei Leu und Comp. gegenüber. Dieselbe wird mir von ebenso sachkundiger als glaubhafter Seite als ein Muster von unermüdlicher Arbeit, Gewissenhaftigkeit und Pflichttreue geschildert. Diese Thatsache wird aus den Geschäftsergebnissen Jahr für Jahr leicht nachgewiesen werden können und hat schon eine Bestätigung in der jährlich von der Generalversammlung bei Abnahme der Jahresrechnung ausgesprochenen Anerkennung. Es sprechen hier wenn irgendwo dringende Gründe der Billigkeit und Zweckmäßigkeit dafür, gegen solch' treuen Beamten nicht die Strenge des Gesetzes anzurufen, denselben vielmehr durch Nachsicht eines Fehlers um so fester an das Interesse der Anstalt zu fesseln.

IV. Der Einfluß des Verhaltens der Generalversammlung von Leu und Comp. auf die rechtliche Haftpflicht der Vorsteher und des Verwalters.

§ 48.

Es ist mir die Frage vorgelegt worden:

ob die Aktiengesellschaft Leu und Comp. ihren Ersatzanspruch gegen Vorsteher und Verwalter verwirkt habe?

Der Beantwortung wird eine Verständigung über den Begriff Verwirken vorausgehen müssen.

Im volksthümlichen Sprachgebrauch wird unter Verwirkung jeder Verlust eines Rechts verstanden, welcher in einer Handlung des Berechtigten seinen Grund hat. Unter diesen umfassendern Begriff fällt auch der Verzicht auf ein Recht d. h. das wissentliche Aufgeben eines Rechts ohne Uebertragung auf einen Andern.

Die streng juristische Bedeutung von Verwirkung ist aber eine engere. Danach begreift das Wort nur den Verlust eines Rechts als Folge eines rechtswidrigen Verhaltens des Berechtigten. So verwirkt gemeinrechtlich der Gläubiger seine Forderung durch unerlaubte Selbsthilfe (decretum divi Marci), der Minderjährige den Anspruch auf Wiedereinsetzung durch arglistiges Vorgeben seiner Großjährigkeit, der Eigenthümer eines gefahrdrohenden Hauses sein Eigenthum durch wiederholte Verweigerung des Schadenersatzversprechens u. s. w.

Ich will nun die aufgeworfene Frage in dem umfassenderen Sinn prüfen und untersuchen:

1) ob die Aktiengesellschaft auf ihren Ersatzanspruch verzichtet, und

2) ob sie denselben verwirkt hat.

§ 49.

1. Der Verzicht der Aktiengesellschaft.

Der fragliche Verzicht könnte nur in der Thatsache gefunden werden, daß seit dem Beginn des Verkehrs von Escher-Bodmer mit Leu und Comp. die Generalversammlung der Aktionäre Jahr für Jahr und zwar bis 1868/69 einschließlich ohne allen Vorbehalt die Rechnung abgenommen und den jeweiligen Geschäftsbericht genehmigt hat.

Nach bekannten Rechtsgrundsätzen steht die nachträgliche Genehmigung dem vorgängigen Auftrag gleich (pr. G. B. § 1215), und kann ein Geschäftsherr seinen Geschäftsführer nicht wegen einer Handlungsweise zur Verantwortung ziehen, wozu er ausdrücklich oder stillschweigend seine Zustimmung ertheilt hat (pr. G. B. § 1180 Abs. 2); denn „der Auftraggeber weckt durch sein Stillschweigen den Glauben, daß er mit der Ausführung zufrieden sei." (Bluntschli.)

Hat aber die Generalversammlung den Verkehr der Anstalt mit Escher-Bodmer auch nur stillscheigend gutgeheißen?

Ich kann diese Frage nicht bejahen. Jede Billigung, auch die stillschweigende setzt Kenntniß des zu Billigenden voraus. Gerade diese Kenntniß fehlte der jeweiligen Generalversammlung.

Es wird dieß für den Eigenwechselverkehr nicht bestritten werden, da derselbe den Büchern von Leu und Comp. fern blieb und sich deßhalb sogar der Kenntniß der Direktionsmitglieder außer Hrn. Escher entzog.

Die Generalversammlung ermangelte aber auch der Kenntniß des Kontokorrentverkehrs.

Zwar kommt in den Jahresberichten seit 1862/63 ein Aktivposten unter der Bezeichnung „diverse Debitoren" vor, und einer Deckung ist dabei nicht gedacht. Die dazu vorgetragenen Summen übersteigen theilweise den Betrag der Kontokorrentschuld des Hrn. Escher nach dem Stand vom 15. März 1871. Allein diese Vorträge ließen nicht entnehmen, daß die fragliche Summe zum größten Theil von Einer Person geschuldet wurde. Gerade darin lag aber die Gefahr und liegt der Grund der jetzt eingetretenen Schädigung. Die Generalversammlung hat daher durch die vorbehaltlose Genehmigung der Jahresrechnung und Gutheißung der berichteten Geschäftsverwaltung zwar das Ertheilen von Kredit und zwar von ungedecktem Kredit im Allgemeinen gebilligt; sie hat aber damit nicht gebilligt, daß dieser Kredit ganz oder zum größern Theil Einer Person gewährt werde.

Aber hätte nicht der einzelne Aktionär in der Generalversammlung über einen ihm

dunkel erscheinenden Posten Aufklärung fordern sollen? Und steht nicht in Vertragsverhältnissen das Wissensollen dem Wissen gleich?

Ich bin gewiß der Letzte, der die Richtigkeit des zweiten Satzes leugnet, denn ich habe ihn mit Nachdruck öffentlich vertreten. Allein ich bezweifle, daß die thatsächlichen Voraussetzungen seiner Anwendung hier gegeben sind. Man beachte. In den Berichten ist immer die Mehrzahl gebraucht. In dem Jahresbericht 1862/63 wird der fragliche Posten von der Bemerkung begleitet: „worunter einige Leih- und Sparkassen enthalten sind". Im folgenden Jahresberichte wird die Vermehrung des gleichen Postens mit den Worten erläutert: „durch Erhöhung des Kredits einiger Sparkassen u. s. w." Aehnlich 1864/65: „durch vorübergehende Anlage vorräthiger Gelder bei hiesigen Kreditinstituten und Kaufleuten." Nach diesen Bemerkungen konnte ein Aktionär nicht argwöhnen, daß unter der gleichen Rubrik der folgenden Jahresberichte im Wesentlichen Ein Kredit begriffen sei, welcher die Grenzen des gewöhnlichen Geschäftsverkehrs namhaft überschreitet.

Ich finde daher für die Annahme eines Verzichts der Generalversammlung auf die Behaftung der Vorsteher und des Verwalters wegen des Schuldverhältnisses zu Escher-Bodmer oder — was nur auf einen andern Ausdruck hinauskommt — für die Annahme einer Billigung dieses Schuldverhältnisses durch die Generalversammlung einen genügenden Anhaltspunkt in den thatsächlichen Umständen nicht.

Allerdings bin auch ich der Meinung, daß der Verein nicht von aller Verschuldung in Ansehung des eingetretenen Schadens frei sei; allein es fällt dieß unter einen andern rechtlichen Gesichtspunkt, wie im Folgenden gezeigt wird.

§. 50.

2. Die Verschuldung der Generalversammlung.

Seit dem Bestehen von Leu und Comp. als Aktiengesellschaft wurde alljährlich bei der öffentlichen Ausschreibung der ordentlichen Generalversammlung die Bemerkung beigefügt: „die Rechnung nebst Belegen ist von heute an für die Herren Aktionäre zur Einsicht aufgelegt". Zur Benützung dieser Einladung war ein Zeitraum von 14 Tagen gegeben.

Die Jahresrechnung und deren Beilagen wiesen bei Aktiven und Passiven Posten für Posten aus, zwar ohne Nennung des Namens des Schuldners oder Gläubigers, aber unter Anführung der Seitenzahl im betreffenden Buch. Jeder Aktionär war daher in der Lage, sich auch über die Person eines Schuldners und sein Verhältniß zur Anstalt zu unterrichten. Er brauchte sich nur das bezügliche Blatt im Zins- oder Kontokorrentbuch aufschlagen zu lassen, und falls er hieraus genügenden Aufschluß nicht gewann, weitere Aufklärung in der Generalversammlung zu verlangen.

Es liegen mir die Abschriften von Originalbelegen der Jahresrechnungen 1865/66 bis 1869/70 vor und zwar zu der Rubrik „diverse Debitoren".

Beim ersten Blick auf einen dieser Belege fällt eine Post auf, welche durch ihren Betrag

die andern weit überragt; es ist die Kontokorrentschuld des Herrn Escher-Bodmer. Wer zu lesen versteht, hatte hinreichende Gelegenheit und als Aktionär dringende Aufforderung, sich von diesem Rechnungsverhältniß genauere Kenntniß zu verschaffen, und wenn er darin etwas Bedenkliches fand, den Gegenstand in der Generalversammlung zur Sprache zu bringen. Die Verfasser des Berner Gutachtens waren daher schlecht unterrichtet, als sie die Bemerkung niederschrieben (S. 13): „So waren also die Aktionäre auch nicht in der faktischen Möglichkeit, jenes Verhältniß zu kennen".

Ueberdieß kommt in dem Jahresbericht von 1865/66, dem ersten Verwaltungsjahr, welches mit einer erheblichen Kontokorrentschuld des Herrn Escher schloß, auf S. 4 folgende Bemerkung vor:

„Wir sind dadurch in die glückliche Lage versetzt worden, daß wir nach und nach eine sehr bedeutende, jederzeit verfügbare Summe auf äußerst vortheilhafte Weise temporär anlegen konnten, wodurch die in jedem Monat fälligen Obligationen und Zinse, verbunden mit den unterzeichneten Geldaufbruchscheinen nicht nur vollständig gedeckt sondern noch um einen erheblichen Betrag überstiegen wurden und wir jeder Eventualität ruhig entgegenblicken konnten."

Unter den Aktionären von Leu und Comp. befinden sich doch nicht nur Wittwen und Unmündige, sondern auch Personen — und vielleicht in ziemlicher Zahl, — welchen die temporäre Anlage einer sehr bedeutenden Summe einigermaßen hätte auffallend und Veranlassung sein sollen, sich über den Sachverhalt genauer aufzuklären.

Ich weiß nicht, ob ein Aktionär von der Jahresrechnung in den kritischen Jahren wirklich Einsicht genommen hat. Es ist dieß auch für die gegenwärtige Frage gleichgültig. Genug, daß den Aktionären die Möglichkeit sich von dem Verkehr der Anstalt mit Escher-Bodmer zu unterrichten geboten und die Benützung derselben nahe gelegt war, und daß trotzdem dieses Verhältniß in der Generalversammlung nicht einmal zum Gegenstand auch nur einer Bemerkung, geschweige denn einer Warnung oder einer Mißbilligung gemacht wurde.

§ 51.

Nach § 12 lit. c. der Statuten von Leu und Comp. steht der Generalversammlung die Abnahme der Jahresrechnung und des Jahresberichts zu. Sie vertritt in dieser Thätigkeit den Aktienverein.

In der Befugniß zur Abnahme der Rechnung ist aber zugleich die Verpflichtung zur gewissenhaften Prüfung der Geschäftsführung enthalten, um Uebelstände abzustellen und nöthigenfalls gegen die schuldigen Vorsteher und Beamten einzuschreiten. Was ihr Recht ist, ist zugleich ihre Pflicht.

Renaud Aktiengesellschaften S. 448.

Dieser Pflicht ist die Generalversammlung von Leu und Comp. nicht gerecht geworden, vorausgesetzt, daß die Zulassung des Verkehrs mit Escher-Bodmer ein tadelnswerthes Verfahren der Vorsteherschaft war. Denn sonst mußte sie dagegen Erinnerung erheben und auf Beseitigung dringen.

Nun könnte man meinen, daß diese Pflichtversäumniß lediglich eine innere Angelegenheit zwischen der Generalversammlung und dem Aktienverein sei, und daß eine Verantwortlichkeit der Ersteren, wenn überhaupt denkbar, das Verhältniß zwischen dem Aktienverein und der Vorsteherschaft beziehungsweise dem Verwalter unberührt lasse.

Allein dem ist keineswegs so. Der Aktienverein hat durch das Organ der ihn vertretenden Generalversammlung die Entstehung des Schadens aus dem Rechnungsverhältniß mit Escher-Bodmer mitverschuldet. Denn es unterliegt keinem Zweifel, daß die Direktion nicht gesäumt haben würde, den eigenthümlichen Verkehr mit Escher-Bodmer zu lösen, wenn die Generalversammlung sich dagegen ausgesprochen hätte. Diese Annahme findet eine Rechtfertigung nicht blos in der allgemeinen Haltung der Direktion, in dem stets bethätigten Interesse für das Wohl der Anstalt und in der Rücksicht auf die drohende eigene Verantwortlichkeit, sondern es spricht dafür noch ein besonderer Vorgang. Die Censoren für 1865/66 hatten Bedenken erhoben gegen die Zweckmäßigkeit eines so bedeutenden Wechselverkehrs, wie ihn damals die Anstalt betrieb, ohne jedoch deßhalb „der Direktion, dem Hrn. Verwalter und den Angestellten den wärmsten Dank für die gewissenhafte und geschickte Besorgung der ihnen obliegenden Verrichtungen" vorzuenthalten (Jahresbericht für 1865/66 S. 21). Wie sehr dieser bloße Wunsch erwogen und beherzigt wurde, zeigt schon der folgende Jahresbericht S. 15, wo gleichsam zur Entschuldigung angeführt wird, daß im Berichtsjahr eine Verminderung des Wechselverkehrs durch die Umstände ausgeschlossen war, daß aber in den drei Monaten des neuen Verwaltungsjahrs bereits eine erhebliche Beschränkung stattgefunden habe. Der Jahresbericht für 1867/68 kündigte S. 15 an, daß der Konto der Wechseloblighi sowie der Wechselkreditoren auf ein Viertheil des Bestands am Beginn des Verwaltungsjahrs zurückgeführt sei, und stellte den vollständigen Schluß des ersteren Kontos in Aussicht, eine Aussicht, welche nicht blos für diesen sondern für beide Konti am Schluß des folgenden Verwaltungsjahrs 1868/69 verwirklicht war (Jahresbericht S. 17). Hiebei wird nie verfehlt auf den „Wunsch der Herren Rechnungsrevisoren" hinzuweisen.

Es steht demnach fest: hätte die Generalversammlung ihre Schuldigkeit erfüllt, so wäre aller berechtigten Voraussicht nach das Rechnungsverhältniß mit Escher-Bodmer zu einer Zeit abgewickelt worden, wo daraus eine Einbuße für die Gesellschaft nicht entsprang. Der eingetretene Schaden hat seinen Grund in der Schuld beider Theile, des Ersatzpflichtigen und des Ersatzberechtigten.

Man wendet dagegen vielleicht ein, daß die Direktion wegen des gefährlichen Verhältnisses allerdings verwarnt war, wenn auch nicht durch die Generalversammlung; es sei dieß geschehen

einmal durch die Censoren für 1865/66, dann durch Hrn. Fr. Ott laut der Bemerkung im Visitationsbuch (nicht, wie irrthümlich im Berner Gutachten S. 8 angegeben, in der Sitzung der Vorsteherschaft) vom 25. September 1866.

Welche Richtung die erstere Warnung hatte, ist soeben gezeigt worden; sie berührte die Wechselverpflichtungen der Anstalt, nicht das Verhältniß zu Hrn. Escher. Wenigstens ist nur in diesem Sinn die Erinnerung von der Direktion verstanden worden und wie es scheint von ihren Urhebern selbst, da wenigstens Einer derselben das Amt eines Censors auch im folgenden Jahr bekleidete und zu einer weiteren Bemerkung gegenüber der Erläuterung der Direktion keinen Anlaß fand, obwohl das Rechnungsverhältniß zu Hrn. Escher geblieben und dessen Kontokorrentschuld sogar um mehr als das Doppelte gestiegen war. Es ist in der That mindestens wahrscheinlich, daß die Censoren die Sache etwas energischer angepackt haben würden, wenn sie in dem Verkehr mit Escher-Bodmer eine Gefahr erblickt hätten.

Hr. Fr. Ott sprach sich dahin aus, daß seiner Ansicht nach die temporären Entlehnungen und Ausleihungen auf ein geringeres Maß zurückgeführt werden sollten. Wenn dieß eine Warnung gegen die Vermittlung der temporären Geldanlagen durch Hrn. Escher sein sollte, dann hat nur die Hauptsache keinen Ausdruck gefunden. Im Uebrigen ist der Wunsch nicht ohne Befriedigung geblieben, wenigstens in Betreff der temporären Entlehnungen, auf deren Stand die Verwaltung einen freieren Einfluß hat als auf die temporären Anlagen. Ich verweise des Weitern auf die Abwehr zu Nr. 58, 62, 79.

§ 52.

Der Aktienverein kann sich gegen die Folgen dieser Verschuldung nicht mit seiner Eigenschaft als juristischen Person decken nach dem Satz: universitas non delinquit (Personengesammtheiten können kein Verbrechen begehen). Denn es ist hier nicht eine Verschuldung in Frage, welche ein Delikt erzeugt, sondern es handelt sich um eine Verschuldung in einem bereits bestehenden obligatorischen Verpflichtungsverhältniß. Eine solche Verschuldung ihres Vertreters muß aber auch die juristische Person der Gegenpartei gegenüber vertreten.

Savigny, System des römischen Rechts Bd. II S. 317.
Keller, Pandekten § 37.

§ 53.

Worin bestehen die Folgen der Mitschuld des Aktienvereins?

Nach einem allgemeinen Rechtsgrundsatz kann Niemand einen Schaden ersetzt verlangen, den er selbst verschuldet hat (L. 203 D. de reg. jur. 50, 17). Eine Selbstverschuldung liegt aber schon dann vor, wenn der Beschädigte die Folgen der von einem Andern ausgehenden schuldhaften Handlungsweise durch Bethätigung der gehörigen Sorgfalt hätte ab-

wenden können; er hat unter dieser Voraussetzung den Schaden ebenso sehr sich selbst zuzuschreiben, und bei gleicher Lage kann Keiner vom Andern etwas fordern. Eben darum wird die Haftung wegen absichtlicher Rechtsverletzung durch eine mitwirkende Nachlässigkeit des Beschädigten nicht aufgehoben, denn die Lage ist keine gleiche (L. 22 § 4 D. de pign. act. 13, 7 L. 23 § 8 D. de aed. edict. 21, 1 L. 45 § 1 D. de act. emt. vend. 19, 1). Man darf hier nicht den Gesichtspunkt einmischen, daß bei gemeinsamer Verschuldung die Strafbarkeit des Einen die Strafbarkeit des Andern nicht ausschließe. Es handelt sich hier um Schadenersatz, dessen Auferlegung nicht eine Strafe für den Schuldigen sondern Abwendung eines Nachtheils von dem Beschädigten bezweckt.

Mommsen, die Lehre vom Interesse (Beiträge zum Obligationenrecht Abth. II) S. 157 fg., 164 fg., 257 fg.

Diese Grundsätze finden für die Mitverschuldung in Vertragsverhältnissen eine besondere Rechtfertigung in folgender Erwägung. „In Vertragsverhältnissen fordert die bona fides (Treu und Glauben) von beiden Theilen, daß mit voller Sorgfalt vermieden werde, wodurch der Gegner gelegentlich des Geschäftsverhältnisses zu Schaden kommt. Kommt mein Gegner, sei es auch aus eigenem Verschulden, in die Lage, mir Ersatz leisten zu müssen, so kann er von mir gerechter Weise verlangen, daß ich Alles vermeide, wodurch seine Haftpflicht unnöthigerweise gesteigert wird. Wende ich nun hierbei die volle diligentia (Sorgfalt), welche die Natur des Verhältnisses erfordert, nicht an, so werde ich meinerseits ersatzpflichtig. Das Interesse des Gegners, welches ich zu leisten habe, besteht nur darin, daß ich ihm ersetze, was er mir in Folge meiner Sorglosigkeit mehr leisten müßte, als ohne dieselbe, — mit andern Worten, daß er mir diesen Ueberschuß nicht leistet. Seine Gegenforderung schneidet compensando (im Weg der Wettschlagung) ein Stück meiner Interesseforderung hinweg. Oder hätte der ganze Nachtheil meinerseits vermieden werden können, so komme ich auf diese Weise um meinen ganzen Anspruch."

Demelius in den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts von Gerber und Ihering Bd. V S. 63 fg.

Und an einer andern Stelle (S. 76) äußert sich derselbe Rechtslehrer: „Jeder Kontrahent ist dem andern volle Sorgfalt schuldig zur Vermeidung jedes Nachtheils aus dem Geschäft. Zwar darf ich im Allgemeinen auf volle diligentia (Sorgfalt) des Mitkontrahenten rechnen, allein ich habe trotzdem die Verpflichtung, meinerseits Alles zu thun, um seinerseits ihm diligentia nahe zu legen und zu erleichtern. Ein Versehen von seiner Seite liegt nicht außer der Möglichkeit, oft nicht außer aller Wahrscheinlichkeit, und was ich thun kann, es auszuschließen, bin ich zu thun verpflichtet."

§ 54.

Der Verwalter von Leu und Comp. steht zu dem Verein unzweifelhaft im Vertragsverhältniß, die Vorsteher meiner Ansicht nach nicht minder (vgl. § 15 fg.); wer aber auch

im zweiten Punkt einer abweichenden Meinung huldigt, wird zugeben, daß das Verhältniß als ein vertragsähnliches aufzufassen und folglich im Zweifel nach den Grundsätzen der Vertrags- und nicht nach den Grundsätzen der Deliktsobligationen zu beurtheilen ist. Insonderheit wird die Anwendung der oben entwickelten Rechtssätze über die Wirkung einer Mitschuld des Geschädigten vom allgemeinen Standpunkt keinem Bedenken begegnen, da dieselben dem Wesen der rechtlichen Beziehung zwischen dem Aktienverein und seinen Vorstehern ganz besonders entsprechen.

Bei einem Aktienunternehmen müssen Alle, welche zu einer Mitwirkung berufen sind, zusammengreifen und ihre Schuldigkeit erfüllen, wenn der Zweck des Ganzen erreicht und namentlich Nachtheil verhütet werden soll. Für die Mitglieder der Generalversammlung liegt aber neben dem Interesse der Gesammtheit in dem Verhältniß der Aktiengesellschaft zu deren Geschäftsführern und vornämlich zu einem unbesoldeten Vorstand eine weitere Aufforderung, soviel an ihnen liegt, durch genaue Prüfung der Geschäftsleitung die außerordentliche Verantwortlichkeit der Vorsteher und Beamten zu mindern und durch rechtzeitiges Einschreiten Schaden abzuwenden. Ziehen dagegen die Aktionäre die Bequemlichkeit vor, Jahr für Jahr zu dem Geschäftsbericht einfach Ja zu sagen und die Dividenden einzustreichen, dann dürfen sie auch nicht für eine Einbuße schlechthin die Vorsteher und Beamten verantwortlich machen und aus deren Säckel Schadloshaltung suchen.

§ 55.

Die vorstehenden Beurtheilungsnormen sind aus dem Wesen der Rechtsverhältnisse auf Grund gemeinrechtlicher Prinzipien abgeleitet. Ob dieselben auch im Bereich des Zürcher privatrechtlichen Gesetzbuchs Anerkennung finden dürfen, könnte nur aus dem Grunde zweifelhaft werden, weil dieses Gesetzbuch über die Wirkung gemeinsamer Verschuldung des Schädigers und Beschädigten bestimmte und zwar zum Theil abweichende Vorschriften aufstellt. Es besagen nämlich die §§ 1840 und 1841:

> „Hat der Beschädigte Theil an der Verschuldung und fällt ihm selbst grobe, dem Schädiger nur eine leichte Fahrlässigkeit zur Last, so wird jener jedes Entschädigungsanspruchs verlustig.
>
> In allen andern Fällen einer gemeinsamen Verschuldung des Schädigers und des Beschädigten haben sie den Schaden gemeinsam je nach Maßgabe der Schuld, im Zweifel zu gleichen Theilen zu tragen.“

Man beachte indeß, daß die Bestimmungen nicht unter die allgemeinen Rechtssätze über die Verträge (erster Abschnitt) sondern in den fünfzehnten Abschnitt eingereiht sind, welcher die Forderungen aus unerlaubten Handlungen (Deliktsforderungen) regelt. Hat nicht schon durch diese Stellung der Gesetzgeber genügend angezeigt, daß er mit den Vorschriften nicht ein allgemeines das ganze Obligationenrecht beherrschendes Prinzip sondern nur eine besondere Regel für die Deliktsforderungen einführen wollte? Den allgemeinen

jedem Bürger durch das positive Recht auferlegten Pflichten gerecht zu werden, mit andern Worten eine unerlaubte Handlung nicht zu begehen, ist in der Regel eine leichtere Aufgabe als die vollkommene Erfüllung besonderer oft weit gehender obligatorischer Verbindlichkeiten. Daher wird die Deliktsverschuldung mit Recht einer strengeren Beurtheilung unterworfen als die in Vertragsverhältnissen begangene. Folglich darf man zwar mildere Haftungsgrundsätze, welche ein Gesetzbuch zunächst für die Verpflichtung aus unerlaubten Handlungen aufstellt, im Zweifel auf die Verantwortlichkeit in Vertrags- und vertragsähnlichen Verhältnissen erstrecken, nicht aber umgekehrt.

Ueberdies ist der legislative Grund der §§ 1840 und 1841 so erheblichen Bedenken unterworfen, daß die Erweiterung ihres Geltungskreises auf Kosten gesünderer und milderer Rechtsvorschriften gewiß nicht zu begünstigen ist. Es hat schon Demelius a. a. O. S. 82 fg. in gründlicher Ausführung nachgewiesen, daß die Theorie der Schadenstheilung auf einer Vermengung des straf- und civilrechtlichen Gesichtspunkts ruht und das wichtige Kausalmoment ganz verkennt.

Darf ich übrigens dem kurzen Auszug Nr. 2421 in Ullmer's Kommentar trauen, so hat die von mir vertheidigte Ansicht über die beschränkte Geltung der §§ 1840 und 1841 bereits die Anerkennung des Obergerichts gefunden.

§ 56.

Mein Schluß ist:

1. Die Generalversammlungen von Leu und Comp. haben sich bei Prüfung der Jahresberichte und Abnahme der Rechnungen von 1865/66 bis 1868/69 einer Nachlässigkeit schuldig gemacht. Ob dieselbe gering oder schwer ist, bleibt hier gleichgültig.

2. Bei Anwendung der schuldigen Sorgfalt durch die Generalversammlungen wäre der Verlust der Anstalt aus dem Kontokorrentverhältniß des Herrn Escher abgewendet worden.

3. Die Aktiengesellschaft hat diese Verschuldung der Generalversammlungen zu vertreten.

4. Es wird dadurch der Ersatzanspruch der Aktiengesellschaft gegen die Vorsteher und den Verwalter wegen der Kontokorrentschuld, wenn er auch an sich begründet wäre, vollständig entkräftet.

§ 57.

Ich muß zum Schluß noch das Ergebniß des Berner Gutachtens meiner Betrachtung unterziehen.

Soweit ich bei der etwas unbestimmten Fassung desselben urtheilen kann, stimmt es

mit den drei ersten Punkten meiner Schlußfolgerung überein, weicht aber im vierten erheblich ab. Denn es heißt S. 21:

„die Verantwortlichkeit der Direktion für die Verletzung der Pflichten einer gewissenhaften und ordnungsgemäßen Geschäftsbesorgung ist zu einem Theil gedeckt durch die Handlungsweise der Aktionäre selbst oder der sie vertretenden Generalversammlung. Es ist deßhalb auch der entstandene Schaden nicht in seinem ganzen Umfang von der Direktion sondern zu einem Theil von den Aktionären selbst zu tragen".

Die Bestimmung des Theilungsverhältnisses, in der That eine heikle Aufgabe, wird weil „juristischer Abzirklung nicht fähig" von einem „Jurymäßigen Ausspruch" erwartet.

Ich verkenne gewiß nicht die wohlwollende Gesinnung, welcher diese Ansicht entflossen ist, aber ich muß sie als unjuristisch entschieden bekämpfen und zwar um so mehr als sie geeignet ist das rechtliche Urtheil der Betheiligten vielmehr zu verwirren als zu läutern. Halbheiten, die Keinem ganz Recht und Keinem ganz Unrecht geben, erfreuen sich nur zu schnell eines großen Anklangs; und hier wirkt noch die Autorität zweier angesehener Schweizer Juristen mit!

Ich nannte die Ansicht unjuristisch, ich hätte sie ebensogut willkürlich nennen können. Denn was ist ihre gesetzliche Grundlage? Der Paragraph des Entwurfs eines Zivilgesetzes und zwar für Basel-Stadt. Wenn es sich um Rechtsverhältnisse handelt, die in Zürich ihren Sitz haben, dann sind meines Dafürhaltens die Rechtsnormen zu erholen aus dem Zürcher privatrechtlichen Gesetzbuch und subsidiär aus seiner wissenschaftlichen Quelle, der gemeinrechtlichen Jurisprudenz.

Das Urtheilen ex aequo et bono hat, wie schon der Studentenwitz besagt, seine sehr bedenklichen Seiten; „die aequitas cerebrina im Rechtswesen (ein vages Billigkeitsgefühl) ist noch ärger als die hölzerne Konsequenzmacherei". (Keller Pand. § 9).

Ich muß die aufgestellte Ansicht aber auch um deßwillen bekämpfen, weil sie die Gefahr in sich birgt, die dereinstige Urtheilsfällung vom Rechtsboden ganz zu entrücken. Denn da der „juristische Zirkel" versagt, wohin würde es kommen? Man fragt, wie viel kann den Herren Direktoren und Vorstandsmitgliedern abgenommen werden, ohne sie gerade zu ruinirten Männern zu machen, und darauf wird der „Jurymäßige Ausspruch" gestellt.

V. Allenfallsige Gegenrechnung der Vorsteher und des Verwalters gegen den Ersatzanspruch der Gesellschaft.

§ 58.

Die Zinsen, welche Herr Escher-Bodmer an die Anstalt als Ertrag der für sie angelegten Gelder ablieferte, entziffern die Summe von Fr. 1,102,608. 70 Rp. Es wird mir

nun versichert, daß jede andere nicht unsolide Anlage der Gelder unter der gleichen Voraussetzung jederzeitiger auch der Summe nach beliebiger Verfügbarkeit höchstens einen Viertheil dieses Nutzens, also weit weniger ertragen hätte.

Ich muß die Richtigkeit dieser Behauptung dahingestellt sein lassen, es werden darüber nur Sachverständige ein Urtheil abgeben können, habe jedoch die Frage zu prüfen, ob, wenn jene Behauptung thatsächlich begründet ist, die Gesellschaft sich den durch die Anlage bei Herrn Escher-Bodmer erzielten Mehrnutzen an der ihr zu zahlenden Ersatzsumme abrechnen lassen müsse.

Diese Frage ist zu bejahen, vorausgesetzt, daß nach den Grundsätzen einer ordentlichen Geschäftsführung die angelegten Summen nur in vorübergehender Weise angelegt werden konnten.

§ 59.

Es wurde bereits bemerkt, daß der Schadenersatz nur Abwendung des Nachtheils bezwecke, welcher für das Vermögen einer Person durch eine bestimmte Thatsache hervorgebracht wurde. Dieser Nachtheil ist aber nur gleich der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensbestande des Beschädigten und dem Betrage, welchen das Vermögen ohne den Eintritt des schädigenden Ereignisses haben würde.

Wenn nun ein und dasselbe Ereigniß zugleich Schaden und Vortheil bringt, so kann als zu ersetzender Nachtheil nur in Betracht kommen der Betrag des Schadens abzüglich des Betrags des derselben Quelle entspringenden Vortheils. Denn nur um diese Differenz ist das Vermögen des Beschädigten durch die schädigende Thatsache ärmer geworden.

Dieser Satz enthält nicht eine bloße Forderung der Billigkeit, obwohl auch von diesem Standpunkt nichts gegen ihn einzuwenden sein wird (Bluntschli im Kommentar zu § 1207 Note 3) sondern er ist ein Gebot der juristischen Logik; er folgt so nothwendig aus dem Wesen der Schadenersatzpflicht, daß wir ihn anerkennen und zur Anwendung bringen müßten, auch wenn er ausdrücklich in den Gesetzen nicht ausgesprochen wäre. Aber auch daran fehlt es wenigstens in den Quellen des gemeinen Rechts nicht.

Hat Jemand ohne Wissen eines Andern mit dessen Geld gewagte Geschäfte gemacht, wovon die einen gelingen, die andern mißlingen, so haftet er zwar für den durch die ersteren verursachten Schaden, jedoch abzüglich des aus den letzteren erzielten Gewinns (L. 11 D. de negot. gest. 3, 5).

Der Besitzer eines Erbschaftsgrundstücks kann gegenüber dem Anspruch auf Erstattung der Früchte dem Erben die auf Gewinnung und Aufbewahrung dieser Früchte erwachsenen Kosten in Anrechnung bringen (L. 36. § 5 D. de her. pet. 5, 3).

Wenn der Vormund oder ein sonstiger Verwalter fremden Vermögens Gelder in gefährlicher Weise angelegt hat, so muß sich der auf Ersatz klagende Geschäftsherr den Abzug des Nutzens aus ungewöhnlich hohen Zinsen gefallen lassen (L. 11 § 1 D. de usur. 22, 1).

Wegen scheinbar entgegenstehender Aussprüche verweise ich auf die Ausführung von

Mommsen Lehre vom Interesse § 18.

Aus der Praxis ist insbesondere ein Erkenntniß des Oberappellationsgerichts in Lübeck zu erwähnen, abgedruckt in

Seuffert's Archiv für oberstr. Entscheid. Bd. X. Nr. 257.

Zur Abwendung von Mißverständnissen will ich noch bemerken, daß hier nicht eine Kompensation im Sinne des § 1049 fg. pr. G. B. in Frage ist*). Daher bleibt für die Zulässigkeit des Abzugs ganz unerheblich, ob der Anspruch auch als selbständige Forderung geltend gemacht werden könnte. Dieß verkannte das Oberappellationsgericht in Darmstadt in dem Erkenntniß vom 13. Februar 1852.

Seuffert's Archiv Bd. VII Nr. 166.

§ 60.

Nach der oben einstweilen als richtig vorausgesetzten Behauptung ist durch die Vermittlung der temporären Geldanlage von Seite des Herrn Escher der Gesellschaft eine Zinsvergütung geworden, welche sie in gleichem Betrag bei einer anderweiten Unterbringung dieser Summen unter Festhaltung der Bedingung jederzeitiger unbeschränkter Verfügbarkeit nimmermehr erlangt haben würde.

Diese Vermittlung der temporären Geldanlage bildete den ausschließlichen Inhalt des Kontokorrentverhältnisses der Anstalt mit Herrn Escher.

Insoweit nun aus diesem Rechnungsverhältnisse ein Ersatzanspruch, sei es gegen die Vorsteher oder den Verwalter erhoben wird, kann die Summe in Gegenrechnung gebracht werden, um welche das vermöge desselben Verhältnisses wirklich erzielte Zinserträgniß das außerdem erreichbar gewesene übersteigt.

Bei Ermittlung dieser Differenz dürfen aber nur Geldanlagen in Betracht kommen, welche

1. den Fonds den Charakter eines stets flüssig zu machenden Kapitals bewahrt und
2. die bei der Uebergabe an Herrn Escher vermißte Sicherheit geboten haben würden.

VI. Gesammtergebniß.

§ 61.

I. Nur der Aktienverein Leu und Comp. kann auf Grund eines von der Generalver-

*) Juristen gegenüber kann ich mich so ausdrücken: es ist nicht compensatio sondern deductio (vgl. L. 11 Cod. depos. 4, 34: compensationem vel deductionem vel doli exceptionem). Verwandte Fälle: Die jetzt veralteten retentiones ex dote gegen die rei uxoriae actio (Dernburg Kompensation § 18), die gleichfalls veraltete deductio ex peculio (Dernburg Kompensation § 15). Man vergleiche auch über eine verwandte Frage Goldschmidt Handbuch des Handelsrechts Bd. I Abth. 2 § 94 Note 14 und 27.

sammlung gefaßten Beschlusses den Ersatzanspruch gegen die Mitglieder der Direktion und der weiteren Vorsteherschaft sowie gegen den Verwalter gerichtlich verfolgen (§§ 9—11).

II. Die Mitglieder der genannten beiden Vereinsbehörden sind nur verantwortlich für Vernachlässigung der Sorgfalt, welche sie ihren eigenen Angelegenheiten zuzuwenden pflegen (§§ 12—21). Der Verwalter haftet für jede Fahrlässigkeit (§ 22).

III. Die Klage auf Ersatz kann nur gerichtet werden

1. wegen der Einbuße aus den Eigenwechseln gegen die Mitglieder der Direktion und der Vorsteherschaft für das Jahr 1870/71 sowie gegen den Verwalter (§ 24);

2. wegen der Einbuße aus dem Kontokorrentverkehr und aus dem Besitz der 3510 Leu-aktien gegen die Mitglieder der Direktion und Vorsteherschaft seit 1865/66 und gegen den Verwalter.

Die Direktionsmitglieder und Vorsteher eines jeden dieser Verwaltungsjahre haften jedoch nur auf den Betrag des am 15. März 1871 noch ungedeckten Rechnungsrückstands aus ihrer Amtszeit.

Die Haftung Aller ist eine solidarische (§§ 23—29).

IV. Die Klage ermangelt in der Richtung gegen die Direktoren und Vorsteher

1. der thatsächlichen Begründung und zwar in Ansehung der drei Schadensursachen, weil im Verhalten dieser Personen eine Verletzung der in ihren eigenen Angelegenheiten beobachteten Sorgfalt nicht liegt (§§ 30—44).

2. Der rechtlichen Begründung in Ansehung der Einbuße aus dem Kontokorrentverkehr und aus dem Aktienbesitz wegen der in Mitte liegenden Mitschuld der Generalversammlungen (§§ 48—57).

V. Die Ersatzklage gegen den Verwalter ist begründet wegen der Einbuße aus den Eigenwechseln (§§ 45—47).

VI. Gegen jede Ersatzklage des Aktienvereins kann abrechnungsweise der höhere Ertrag geltend gemacht werden, welcher der Gesellschaft aus dem Geldverkehr mit Herrn Escher-Bodmer zu gute gekommen ist (§§ 58—60).

Gedruckt bei J. J. Ulrich in Zürich.